

UiO • **Det juridiske fakultet**

Tilsidesettelse av preklusive varslingsregler i entreprisekontrakter

Kandidatnummer: 656

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 15415



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Begrepsbruk.....	2
1.3	Avgrensning og videre opplegg for oppgaven	3
2	RETTSKILDEBILDE OG METODISKE SPØRSMÅL.....	4
2.1	Tolkning av entreprisestandardkontrakter	6
3	NÆRMERE OM FORMÅL BAK PREKLUSIVE VARSLINGSREGLER.....	9
4	REDEGJØRELSE FOR VARSLINGSREGLENE	12
4.1	Innledning – presentasjon av standardene	12
4.2	Entrepriseformer	12
4.2.1	Utførelsesentreprisestandardene.....	12
4.2.2	Totalentreprisestandardene	13
4.3	I hvilke situasjoner stilles det krav til varslingsregler?	14
4.4	Entreprenørens varslingsplikt	15
4.5	Preklusjon ved manglende eller for sen varslingsregler	17
4.6	Påberopelse av preklusjonsregelen	18
5	TYPESITUASJONER HVOR DOMSTOLENE TILSIDESETTER VARSLINGSREGLENE	20
5.1	Innledning	20
5.2	Uttrykkelig avtalerettslig avkall på retten til å påberope preklusjon.....	22
5.3	Der varslingsregler ikke ville gitt byggherre adgang til å utøve sin valgrett	22
5.4	Byggherre var klar over forholdet som berettiger vederlagsjustering eller fristforlengelse	25
5.5	Velbegrunnede og dokumenterte krav	26

5.6	Passivitet	28
5.7	Realitetsdrøftelser	31
5.8	Konkludent adferd – avtalerettslig avkall gjennom partenes handling	35
5.8.1	Innledning	35
5.8.2	Utgangspunktet for vurderingen – partenes adferd	38
5.8.3	Hensyn bak reglene	38
5.8.4	Tidsmomentet	39
5.8.5	Partenes profesjonalitet og kontraktsomfanget	40
5.8.6	Fristoversittelsens årsak	42
5.8.7	Lojalitet – culpasanksjonssynspunktet	43
5.8.8	Partenes tidligere praksis med hverandre	45
5.8.9	Vurdering og oppsummering	47
5.9	Avtalerevisjon – lojalitetsprinsippet	47
5.10	Avtalerevisjon – avtaleloven § 36	50
6	AVSLUTNING OG REFLEKSJONER	55
7	KILDEHENVISNINGER	57
7.1	Lover	57
7.2	Juridiske standarder	57
7.3	Høyesterettsdommer	58
7.4	Underrettsavgjørelser	58
7.5	Voldgiftsdommer	59
7.6	Litteratur	59
7.7	Artikler	60
7.8	Elektroniske artikler	60

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede tema for oppgaven er hva som skal til for å tilsidesette varslingsreglene i entreprisekontrakter.

Entreprisekontrakter er bygge- og anleggskontrakter der entreprenøren påtar seg utførelsen av bygg- eller anleggsarbeid for byggherren, og skal levere det vesentlige av materialer som er nødvendige for å gjennomføre oppdraget.¹

Entrepriseretten karakteriseres først og fremst av det dynamiske elementet i kontraktene.² Kontraktene er gjerne langvarige og kontraktsforpliktelsen meget omfattende.³ Det gjør at det ofte oppstår behov for å justere kontrakten etter at den er inngått. Justeringene kan være bestillers eget ønske, og noe han ensidig krever,⁴ for eksempel at han ønsker kontorlokaler i stedet for butikklokaler i bygget.⁵ Behovet for endringer kan også skyldes eksterne forhold som griper inn i oppfylleelsesforutsetningene.⁶ I entrepriseforhold vil det alltid være usikkerhetsmomenter tilknyttet blant annet grunnforhold, værforhold og myndighetskrav.⁷ For å ivareta dette fleksibilitetsbehovet har entreprisestandardene gitt byggherre en nokså vid adgang (riktignok med noen kvalitative og kvantitative begrensninger⁸) til å pålegge entreprenøren endringsarbeider etter at avtale er kommet i stand.

Endringsadgangen inngår i et større formelt varslingsystem, som stiller krav til at partene skriftlig varsler hverandre i gitte situasjoner og innenfor strenge frister. Varslingssystemet

¹ Marthinussen (2010a) s. 45

² Kaasen (2005) s. 240

³ Hagstrøm (1997) s. 10-11

⁴ Kaasen (2005) s. 240

⁵ *ibid* s. 243

⁶ *ibid.* s. 238

⁷ Sandvik (1966) s. 85 flg.

⁸ Se blant annet NS8405 pkt. 22.1

skal gi partene fortløpende avklaringer på endringer og virkninger, som igjen skal sikre byggherre forutberegnelighet og styring av kontrakten med hensyn til kostnader, kvalitet og fremdrift.

Virkingen av å oversitte varslingsfristene varierer noe mellom standardene og mellom ulike varslingsbestemmelser innad i disse. Det vanligste er likevel at fristoversittelse har preklusiv virkning,⁹ i den forstand at parten taper et i utgangspunktet berettiget krav dersom det ikke fremsettes innen den bestemte fristen.¹⁰

Dersom tilleggskrav prekluderes, må arbeidspålegget utføres i tillegg til det opprinnelige kontraktsarbeidet, uten at det gis kompensasjon for merkostnadene og/eller fristforlengelse.¹¹

Selv om varslingsreglene er formalistiske og velbegrunnede, er det eksempler på at domstolene har gitt medhold i vederlags- og fristforlengelseskrav hvor varslingsrutinene ikke er overholdt.

Oppgaven vil ta utgangspunkt i rettspraksis hvor varslingsreglene har vært tema, og utlede typetilfeller fra denne hvor reglene ofte blir tilsidesatt, herunder hvor terskelen for slik tilsidesettelse går. Ved gjennomgangen deles typetilfellene inn i de situasjoner der domstolene velger å se bort fra manglende varslingsregler ut fra rene rimelighets- og hensynsbetraktninger, ut fra passivitet og realitetsdrøftelser, ut fra konkludent adferd, og gjennom bruk av avtaleloven § 36 eller det ulovfestede lojalitetsprinsippet.

1.2 Begrepsbruk

Partene i en avtale om bygge- og anleggsarbeider er byggherre og entreprenør, og det er disse begrepene som vil bli brukt i det følgende. Entreprenør er en selvstendig næringsdri-

⁹ Hagstrøm (2011) s. 785

¹⁰ Se blant annet NS8405 pkt. 23.2 første ledd, annet punktum og pkt. 25.3 første ledd, annet punktum

¹¹ Hagstrøm (1997) s. 20

vende som utfører eller besørger utført bygg- og anleggsarbeidet.¹² Byggherre er oppdragsgiveren eller den som bestiller arbeidet av entreprenøren.¹³

Når begrepet varslingsfrist anvendes, siktes det både til partenes varslingsfrist og reaksjonsfrist. Reaksjonsfrist er en parts plikt til å reagere på det kravet motparten fremsetter.¹⁴

1.3 Avgrensning og videre opplegg for oppgaven

Oppgavens problemstilling retter seg mot entreprisekontrakter inngått mellom profesjonelle parter. Det avgrenses derfor mot bustadoppføringslova som regulerer entreprisekontrakter der bestilleren er forbruker.¹⁵

Oppgaven vil kun behandle landentreprise, slik at fabrikkasjonskontrakter holdes utenfor. Ettersom fabrikkasjonskontraktene imidlertid har tjent som forbilde for landentreprisekontraktene, vil eksempler og praksis fra fabrikkasjonskontraktene i noen grad benyttes.

Videre vil oppgaven ta utgangspunkt i de varslingsregler som gjelder endringer, vederlagsjustering og fristforlengelse, da det først og fremst er disse varslingsreglene det tvistes om i praksis. Det vil avgrenses mot de øvrige varslingsreglene om søksmålsfrister, sluttoppgjør, heving m.m. Disse vil kun bli berørt i den grad rettspraksis har uttalt noe som kan ha overføringsverdi til de varslingsreglene som er tema for denne oppgaven.

I den videre fremstillingen redegjøres det først for rettskildebilde og metodiske spørsmål i pkt. 2 og formålene bak de preklusive varslingsreglene i pkt. 3. I pkt. 4 skal det kort redegjøres for varslingsreglene, og i pkt. 5 skal de typesituasjoner der domstolene tilsidesetter varslingsreglene drøftes.

¹² Se blant annet NS8405 pkt. 2.4 og Sandvik (1966) s. 28

¹³ Se blant annet NS8405 pkt. 2.2 og Marthinussen (2010a) s. 60

¹⁴ Se blant annet NS8405 pkt. 23.3 og 24.7

¹⁵ Buofl. § 1

2 RETTSKILDEBILDE OG METODISKE SPØRSMÅL

Som i den alminnelige kontraktsretten for øvrig, utgjør kontrakten den primære rettskilden i entrepriseforhold. Kontraktens ordlyd er utgangspunktet når partenes rettigheter og plikter skal vurderes.¹⁶ Når partene har innlemmet eller henvist til en standardkontrakt i avtalen er det disse kontraktsvilkårene som danner utgangspunktet for vurderingen.

Sammenlignet med andre formuerettslige fag har entrepriseretten relativt få rettskilder. Entrepriseretten bygger i det alt vesentlige på ulovfestet rett, med unntak av forbrukerentreprise som har blitt lovfestet i bustadoppføringslova og håndverkertjenestelova. Når lovgiver i liten grad har regulert et rettsområde som samfunnsøkonomisk er av stor betydning, er det fordi rettsområdet helt siden slutten av det 19. århundre har vært selvregulerende i form av standardkontrakter, fremforhandlet av bransjeorganisasjonene på både byggherre- og entreprenørsiden.¹⁷

Standardene kan sies å ha to typer regler. For det første er det regler som ville kommet til anvendelse uavhengig av avtale, ettersom de er alminnelige entrepriserettslige regler som er blitt kontraktsfestet i standardene. De resterende reglene i standardene er avtaleskapte, som for eksempel de preklusive varslingsreglene, og derfor må standarden inkorporeres i partenes avtale for at disse vilkårene skal bli gjeldende. En henvisning til den enkelte entreprisestandard vil være tilstrekkelig.¹⁸

Når standardvilkårene skal tolkes er det ofte lite utover ordlyden å basere tolkningen på. Forarbeider til entreprisestandardene er fraværende og det er heller ikke mye rettspraksis på området fordi standardkontraktene har inneholdt klausuler om voldgift som tvisteløsningsmekanisme.¹⁹ Dette innebærer at entrepriserettslige spørsmål sjelden kommer opp for de

¹⁶ Hagstrøm (2011) s. 42 flg.

¹⁷ Hagstrøm (1997) s. 13 -14

¹⁸ Rt. 1967 s. 1248

¹⁹ Hagstrøm (1997) s. 14

alminnelige domstolene.²⁰ Voldgiftsdommer er stort sett ikke offentlige og har derfor i liten grad vært tilgjengelig.²¹

Tvister er også sjeldent gjenstand for behandling i Høyesterett siden avgjørelsene ofte er veldig konkrete, samt at det ofte er nødvendig med umiddelbar bevisføring.²² Lagmannsrett- og tingrettspraksis vil derfor ha større betydning på entrepriserettens område enn på flere andre rettsområder.

Rådgivende uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i entreprisetvister anses også å ha rettskildeværdi på høyde med voldgiftsdommer på grunn av rådets meget kompetente sammensetning og ettersom det eksisterer få andre kilder.²³ Tilsvarende vil kommentarutgaver til entreprisestandardkontrakter og teori ha større rettskildemessig verdi på entrepriserettens område enn flere andre rettsområder, på grunn av rettskildesituasjonen.²⁴

Selv om vi står overfor en entrepriserettslig problemstilling, blir praksis fra andre kontraktsområder som er regulert av standardavtaler brukt. Særlig standardkontrakten for fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel (fabrikasjonskontrakt), der den nyeste og gjeldende standarden er NF07. Fabrikasjonskontrakten inneholder avanserte systemer for håndtering av endringer og annen utvikling i kontraktsforløpet og har derfor vært et forbilde for utvikling av de landbaserte entreprisestandardene. Særlig så man betydningen av standarden da man gikk fra NS3401 til NS3430 som er forgjengerne til dagens standard for utførelsesentreprise (NS8405), hvor man innførte preklusive virkninger i større grad enn tidligere.²⁵ Hvordan fabrikasjonskontraktene

²⁰ I.c.

²¹ Voldgiftsloven som trådte i kraft i 2005 bestemmer nå at voldgiftsrettens uttalelse er offentlig med mindre partene avtaler at den ikke skal være det, jfr. vogl. § 5.

²² Marthinussen (2010a) s. 52

²³ Hagstrøm (1997) s. 15

²⁴ I.c.

²⁵ Barbo (1997) s. 9-10

blir tolket i teori og rettspraksis, herunder voldgift, vil derfor kunne være relevant når vi tolker entreprisekontraktene.²⁶

Bustadoppføringslova inneholder også regler som kan ha betydning som bakgrunnsrett i næringsentrepriser, selv om det gjør seg gjeldende særlige beskyttelseshensyn når byggherren er forbruker.²⁷

Den alminnelige kontraktsretten er også sentral, ettersom entrepriseretten kun er en særlig del av den alminnelige obligasjonsrett, hvor det i avtaleforholdet mellom profesjonelle parter normalt benyttes standardavtaler. Varslingsreglene har likhetstrekk med blant annet alminnelige reklamasjonsregler som også er prosessuelle regler som stiller krav til varsling. Et mangelskrav i den alminnelige kontraktsretten prekluderes dersom det ikke reklameres "innen rimelig tid".²⁸ I de tilfeller hvor det ikke finnes svar i entrepriseretten vil det ses på hvordan spørsmålet er løst i den alminnelige kontraktsretten.

2.1 Tolkning av entreprisestandardkontrakter

Ettersom kontrakten er den primære rettskilden i entrepriseretten, er det naturlig å knytte noen kommentarer til tolkning av standardkontrakter. For å klarlegge hva partene har avtalt om forpliktelsenes innhold og rettsvirkninger, må det tas utgangspunkt i en objektiv fortolkning av kontraktens ordlyd. Prinsippet om objektiv tolkning må imidlertid modifieres hvis partene har hatt en felles oppfattelse av kontraktens innhold og dette kan påvises.²⁹

I standardkontraktene må utgangspunktet likevel være at det må foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativet som følger av en naturlig forståelse av ordlyden. Det-

²⁶ I.c.

²⁷ Hagstrøm (1997) s. 16

²⁸ Kjl. § 32

²⁹ Woxholth (2011) s. 43

te henger sammen med standardkontraktenes formål om å sikre forutberegnelighet mellom partene, som er av særlig betydning i kommersielle avtaler.

I Rt. 2010 s. 961 var spørsmålet om en del av entreprenørens krav på kontraktsvederlag som byggherren i henhold til NS3431 hadde tilbakeholdt som innestående beløp, var bortfalt fordi beløpet ikke var tatt med i slutfakturaen.³⁰ Spørsmålet måtte vurderes ut fra to bestemmelser i standarden. Høyesterett uttaler i avsnitt 44 i dommen:

”Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsernes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.”

Dommen viser at flere faktorer er relevante. Høyesterett bekreftet her først det alminnelige avtaletolkningsprinsipp om at det skal tas utgangspunkt i partenes felles forståelse og en objektiv fortolkning, men åpnet samtidig for reelle hensyn i den objektive fortolkningen av standardkontrakter. Høyesterett kom etter dette til at Skanskas krav ikke var prekludert. Høyesterett tolket seg bort fra den naturlige språklige forståelsen av ordlyden for å komme frem til et konkret og rimelig resultat, i samsvar med prinsippet om å tilstrebe et rimelig og fornuftig tolkningsresultat.³¹

Rettspraksis har likevel lagt til grunn at det skal sterke grunner til å fravike prinsippet om objektiv forståelse av kontraktens ordlyd i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter. I

³⁰ Rt. 2010 s. 961, i dommens sammendrag

³¹ Hagstrøm (2011) s. 43

Rt. 2010 s. 1345 var et av spørsmålene hvordan ”merutgifter” i NS3430 pkt 21.1 skulle forstås og utmåles. Flertallet på tre dommere uttalte i avsnitt 59 i dommen:³²

”For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt.2000 side 806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger av interesseorganisasjoner...”

Selv om dommen ikke gjelder tolkning av preklusjonsbestemmelser, uttaler Høyesterett her det generelle utgangspunkt for hvordan standarder skal tolkes. Prinsippet må også legges til grunn ved tolkning av de preklusive varslingsreglene.

Oppsummert kan det sies at utgangspunktet for tolkning av standardkontrakter er en streng ordlydsfortolkning, men at Høyesterett også åpner for at reelle hensyn kan trekkes inn i tolkningen.

³² Dommen gjaldt entreprenøren Oslo Vei sitt krav om tilleggsvederlag for vinterdrift av vegstrekninger i henhold til entreprisekontrakt. Spørsmålet for Høyesterett var hvem av partene som hadde risikoen for at gjennomsnittelig saltforbruk ble langt større enn hva som var blitt oppgitt i rapportene om tidligere saltforbruk. Oslo Vei fikk ikke medhold i at den økte saltmengden var å regne som endringsarbeider. Det Oslo Vei kunne kreve erstattet var ”merutgifter” i standardens pkt 21.1 selskapet ble påført på grunn av uriktige opplysninger i rapportene.

3 NÆRMERE OM FORMÅL BAK PREKLUSIVE VARSLINGSREGLER

I de tilfellene hvor domstolene gir en part medhold i et krav til tross for at varslingsreglene ikke er fulgt, er det ikke sjeldent fordi hensynene bak varslingsreglene er ivaretatt på annen måte.

Som vi har vært inne på innledningsvis i oppgaven er entrepris kontrakter ofte omfattende og langvarige, og forløper seg ikke alltid slik partene hadde forestilt seg ved kontraktsinngåelsen. Byggherre kan pålegge endringer underveis, men også andre forhold kan gripe forstyrrende inn, slik som uventede hindringer i grunnforholdene, værforhold, eller pålegg fra bygningsmyndighetene.³³ Det er derfor et stort behov for å ha kontraktbestemmelser som sikrer begge parter en ryddig prosess i håndteringen av disse situasjonene som tilnærmet alltid oppstår i løpet av kontraktsperioden.

Varslingsreglene skal for det første søke å ivareta et preventivt formål i den forstand at de i størst mulig grad skal hindre at konflikter oppstår, og dersom de oppstår, sørge for at konflikten avklares og løses på raskest mulig måte.³⁴ Dette har også en rettsøkonomisk side da reglene skal forsøke å hindre at tvister kommer opp for domstolene.³⁵

For at en varslingsregel skal virke effektiv og hensynene skal ivaretas, er det nødvendig at det knyttes rettsvirkninger til at det ikke varsles. Reglene bør derfor være utformet slik at det for partene foreligger tilstrekkelige incentiver til å overholde reglene. Preklusjon skal virke som et slikt incentiv, fordi eventuelle krav tapes dersom de ikke fremmes innenfor fristen.³⁶

³³ Hagstrøm (1997) s. 11

³⁴ Barbo (1997) s. 38 -39

³⁵ Ibid. s. 217

³⁶ Ibid. s. 38

Når byggherre blir varslet får han mulighet til tidlig å identifisere de uenigheter som eventuelt måtte foreligge.³⁷ Byggherre har behov for til enhver tid å ha kontroll på kostnader, kvalitet og fremdrift.³⁸ Behovet vil særlig være fremtredende i større prosjekter over lengre tidsrom der det ofte er mange involverte aktører. Gjennom varslingsystemet gis byggherre mulighet til å igangsette tiltak eller omdisponeringer som kan avverge eller begrense konsekvensene av det oppståtte forholdet.³⁹ For eksempel kan de kostnadsmessige konsekvenser av endringen begrenses ved å legge om arbeidet før det iverksettes, eventuelt reversere arbeidspålegget dersom det viser seg å bli dyrere enn hva han først så for seg.⁴⁰ For å ha kontroll på fremdriften trenger entreprenøren også å bli varslet om byggherrens krav om fristforlengelse så fort som mulig, ellers mister han muligheten for å legge om arbeidet for å unngå eller begrense endringens konsekvenser for fremdriften, herunder instruere entreprenøren om å forsere for å holde fremdriftsplanen.⁴¹

Dersom alt skulle ventet til sluttoppgjøret ville ikke byggherren hatt noen som helst kontroll på verken løsningsvalg eller hva den endelige regningen ville komme på, og kunne ikke gjort økonomisk planlegging underveis. På denne måten ivaretar de preklusive reglene forutberegnelighet i kontraktsforholdet.⁴²

Varslingsreglene skal også ivareta bevis hensyn. Ved tidlig avklaring av uenigheter og konsekvenser av endringer eller andre forhold, unngår man store sluttoppgjørstviser med uoversiktlige årsaksforhold og omfattende bevisførsel. Bevisenes stilling kan være vanskeligere å diskutere når de oppdages så sent, og i verste fall kan viktig dokumentasjon være tapt. Reglene gir også mulighet for å gardere seg mot krav konstruerte i etterkant eller overdimensjonerte krav.⁴³

³⁷ Barbo (1997) s. 39

³⁸ Tørum (2010) s. 467

³⁹ Kaasen (2009) s. 5

⁴⁰ Barbo (1997) s. 38

⁴¹ Tørum (2010) s. 467

⁴² Barbo (1997) s. 37 -39

⁴³ Marthinussen (2007) s. 56

Det er også flere hensyn som kan tale mot preklusive varslingsregler. Ønsket om å oppnå de formålene det til nå er redegjort for, kan lede til det stikk motsatte resultat dersom reglene blir for kompliserte til å kunne benyttes i praksis.

Det kan hevdes at systemet er for tungvint til at partene benytter seg av det i en hektisk prosjekthverdag. Spesielt vil dette kunne gjelde mindre profesjonelle parter som ikke har de samme ressursene til å administrere reglene. Noen av de som arbeider i bransjen har også oppfattet det som skadelig for samarbeidsklimaet når de for eksempel sender et krav om endringsordre til kontraktsparten, fordi dette av noen oppfattes som en uvennlig handling. Dette vil nok primært gjelde mindre aktører. Det er likevel tvilsomt hvor stort dette problemet faktisk er da varslingsystemet både er kjent og innarbeidet i bransjen.⁴⁴

Preklusjonsreglene kan også i en del tilfeller virke urimelige. Et eksempel er der entreprenøren ikke får betalt for det tilleggsarbeidet som han har utført og som byggherre nå nyter godt av uten at det har kostet ham noe ekstra. Det vil også være urimelig dersom entreprenøren overtar risikoen og regningen for forhold som selskapet i utgangspunktet hadde risikoen for fordi han glemte å varsle om svikt i byggherrens leveranser.⁴⁵

En problemstilling som må reises er om hensynene alltid gjør seg gjeldende i like stor grad. I de tilfeller hvor byggherre er klar over at arbeidspålegget innebærer en endring, vil for eksempel ikke byggherre ha det samme avklaringsbehovet. Mye taler derfor for at det ikke er like stor grunn til å beskytte hensynene i disse situasjonene. Dette vil berøres i oppgavens hoveddel, pkt. 5.

⁴⁴ Kaasen (2009) s. 63-65

⁴⁵ Se oppgavens pkt. 5.3 og 5.4

4 REDEGJØRELSE FOR VARSLINGSREGLENE

4.1 Innledning – presentasjon av standardene

Tema – hva som skal til for å tilsidesette varslingsreglene i entreprisekontrakter – er relevant for alle gjeldende standardkontrakter på landentreprisens område. Det vil derfor være hensiktsmessig med en kort presentasjon av de ulike standardtypene og hvilke standarder som faller inn under disse. De standardene som nå har blitt erstattet med nye, vil fortsatt være relevante, da disse i en viss utstrekning fortsatt blir brukt av bransjen. Det er også de tidligere standardene det knytter seg mest rettspraksis til.

4.2 Entrepriseformer

Tradisjonelt er entreprisene inndelt i utførelsesentreprise og totalentreprise. Forskjellen mellom de to ligger i hvem som har prosjekteringsansvaret i kontrakten. I utførelsesentreprisen er det byggherren som står for hele, eller den vesentligste delen av prosjekteringen og har risikoen for dette, mens entreprenøren har ansvaret for at arbeidet blir gjort til rett tid og i henhold til prosjekteringsgrunnlaget.⁴⁶ I totalentreprisen står entreprenøren for utførelsen av arbeidet i tillegg til hele eller den vesentlige delen av prosjekteringen.⁴⁷

4.2.1 Utførelsesentreprisestandardene

Utførelsesentreprisen reguleres nå av NS8405 og NS8406 samt underentreprenørstandardene NS8415 og NS8416. NS8405 sine forgjengere er NS3430, NS3401, NS401 og 401 A. Samtidig med NS3430 fikk vi NS3408 som skulle brukes for enklere arbeider. Denne er i dag erstattet med NS8406. Senere fikk vi også standarden NS3433 for underentreprise i utførelsesentrepriseforhold, som i dag er erstattet med NS8416.⁴⁸

⁴⁶ Kolrud (2004) s. 27

⁴⁷ Hagstrøm (1997) s. 16 og Kolrud (2004) s. 28

⁴⁸ Giverholt (2012) s. 54

NS8405 bygger på NS3430, men inneholder en del viktige endringer. NS3430 var meget omfattende i sin revisjon og innførte mer formalistiske regler mellom partene, mye basert på fabrikkasjonskontraktene. NS8405 har tatt enda et skritt i en mer formalistisk retning, med et strengere varslingsystem enn i tidligere standarder. Standarden egner seg derfor best til bruk i større prosjekter med mange aktører, der det er behov for strengt formaliserte varslingsregler.⁴⁹ For enklere arbeider anbefales å bruke NS8406, som ikke oppstiller de samme preklusive fristene.⁵⁰ En viktig endring i NS8405 hva gjelder oppgavens tema, er den nye regelen i pkt. 8 tredje ledd som bestemmer at:

“Hvis en part ønsker å gjøre gjeldende at den andre parten har varslet eller svart for sent, må han gjøre det skriftlig uten ugrunnet opphold etter å ha mottatt varsel eller svar. Gjør han ikke det, skal varselet eller svaret anses som gitt i tide.”

I henhold til denne bestemmelsen skal den part som vil påberope seg at det er varslet for sent, nå gi den annen part beskjed om dette. Dersom han unnlater å varsle, mister han retten til å påberope seg at varselet er fremsatt for sent eller at svar ikke er gitt i tide. Parten vil altså ikke senere kunne komme med denne innvendingen mot kravet.

4.2.2 Totalentreprisestandardene

Etter at NS3430 for utførelsesentrepriser ble utarbeidet, fikk man også utarbeidet en standard for totalentreprise, NS3431. Etter hvert kom også standarder for underentrepriseforhold i totalentrepriser, henholdsvis NS3433 og NS3406.⁵¹

I dag er det NS8407 som er den gjeldende standarden for totalentrepriser og NS8417 for totalunderentrepriser. NS8407 har også fått en tilsvarende regel som NS8405 pkt. 8 tredje ledd, i standardens pkt. 5 tredje ledd. Bestemmelsen har imidlertid et unntak som må nevnes for fullstendighetens skyld. Det gjelder for krav fremsatt første gang eller i

⁴⁹ Marthinussen (2010a) s. 48

⁵⁰ NS8406 pkt. 1 annet ledd

⁵¹ Ibid. s. 47

forbindelse med sluttoppgjøret. Krav fremsatt i sluttoppgjøret følger reglene for sluttoppgjør. Byggherre vil derfor ha en frist på to måneder til å fremme sine innsigelser.⁵² Fristen gjelder også for innsigelse om at krav som fremmes først i sluttoppgjøret er varslet for sent.⁵³

4.3 I hvilke situasjoner stilles det krav til varsling?

Entreprisekontraktene stiller krav til varsling i ulike situasjoner. Oppgaven tar for seg varsling ved endringer, ved krav om fristforlengelse og ved krav om vederlagsjustering.

Byggherren kan pålegge entreprenøren å gjøre endrings- eller tilleggsarbeider ved ordinære endringsordrer⁵⁴ eller irregulære endringsordrer.⁵⁵ De to måtene utløser ulik reaksjonsplikt for entreprenøren. Det er først og fremst de endringsordrene som betegnes som irregulære endringsordrer som utløser varslingsplikt for entreprenøren.⁵⁶ Irregulær endringsordre kalles de arbeidspåleggene byggherren gir entreprenøren uten formelt endringsordre, og som entreprenøren hevder ligger utenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelsene.⁵⁷ I disse situasjonene må entreprenøren fremsette et krav om endringsordre ”uten ugrunnet opphold”⁵⁸ eller ”innen rimelig tid”⁵⁹ etter at arbeidspålegget blir gitt. Unnlater entreprenøren å varsle eller oversittes fristen må han utføre arbeidet uten å få justert verken vederlag eller ferdigstillelsesdato.

Dersom entreprenøren vil kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter som følge av endringen, må han i tillegg varsle særskilt om dette.⁶⁰ Det kan også være i andre situasjoner

⁵² NS8407 pkt. 39.2

⁵³ Giverholt (2012) s. 100

⁵⁴ Se blant annet NS8405 pkt. 22.1 første ledd

⁵⁵ Se blant annet NS8405 pkt. 23

⁵⁶ Marthinussen (2010b) s. 314

⁵⁷ Se blant annet NS8405 pkt. 23.1

⁵⁸ Se for eksempel NS8405 pkt 23.2

⁵⁹ NS8406 pkt. 19.3 annet ledd

⁶⁰ Se blant annet NS8405 pkt. 24.4 og pkt. 25.3

enn ved byggherrens pålagte endringer at entreprenøren kan være berettiget til fristforlengelse eller dekning av merkostnader, og må varsle om dette innen preklusive frister. Dette vil være i de situasjoner entreprenøren påføres forsinkelse eller merutgifter grunnet forhold som påhviler byggherren, for eksempel ved forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser.⁶¹ Det kan også være at det inntreffer særskilte hindringer utenfor partenes kontroll.⁶²

4.4 Entreprenørens varslingsplikt

Entreprenørens varslingsplikt vil begynne å løpe når entreprenøren faktisk har blitt klar over at byggherre har gitt et arbeidspålegg som ikke er en del av den opprinnelige kontrakten, og når entreprenøren eventuelt blir klar over at han ønsker forlenget tid eller dekket merkostnader.⁶³ Det samme gjelder reaksjonsfristen, som starter å løpe når byggherre mottar et varsel.

De tidligere standardene og de nye standardene i NS85-serien (bortsett fra NS8406) krever at det skal varsles ”uten ugrunnet opphold” og angir tidsfristens lengde i relasjon til entreprenørens endringsordrekraft, ved krav om fristforlengelse og tilleggsvederlag.

Begrepet ”uten ugrunnet opphold” er relativt slik at antall dager vil variere ut fra den konkrete situasjon og det er derfor vanskelig å si noe presist om begrepet. Det som generelt kan sies er at det kun er de ”grunnede” oppholdene som aksepteres. I dette ligger at parten må ha en saklig grunn for ikke å varsle umiddelbart.⁶⁴ Når det ikke er noen slik grunn til stede, innebærer det at reaksjonen i de fleste tilfeller må skje innen få dager.⁶⁵

⁶¹ Se blant annet NS8405 pkt. 21.1

⁶² Se blant annet NS8405 pkt 24.4 jf. pkt. 24.3

⁶³ Følger blant annet indirekte av NS3430 pkt 28.3.1. Etter NS8405 pkt 24.4 skal varsel sendes dersom en part ”vil kreve” fristforlengelse. Forutsetningen må da være at parten har faktisk kunnskap, jf Marthinussen (2010b) s. 310.

⁶⁴ Barbo (1997) s. 216

⁶⁵ Giverholt (2012) s. 496

NS8406 bruker tidsangivelsen ”innen rimelig tid”. Også denne tidsangivelsen er relativ. Fristen er lenger enn ”uten ugrunnet opphold” i NS8405. Noen få uker må normalt godtas.⁶⁶

Tidsfristens lengde må sees i sammenheng med hensynene bak varslingsreglene. Partenes behov for klarhet, forutsigbarhet, samt hensynet til rask kontraktsavvikling tilsier at det bør varsles så omgående som mulig. Uenighet mellom partene bør raskt identifiseres og løses effektivt. Jo raskere byggherren får beskjed om for eksempel et endringsordrekrav, jo større muligheter har han for å ta forholdsregler, som for eksempel å trekke tilbake arbeidspålegg, gi forseringspålegg eller gjøre andre kostnadsbesparende tiltak.⁶⁷

Alle varsler må fremsettes skriftlig. Dette gjelder både for de nye og de tidligere standardene.⁶⁸ (I de nye standardene aksepteres e-post.⁶⁹) Varslingssystemet er bygget opp slik at varsel om fristforlengelse og/ eller tilleggsvederlag skal gis i to omganger. Det første varselet skal være nøytralt, som vil si at entreprenøren varsler byggherren at han vil kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter⁷⁰ og henviser til grunnlaget for kravet.⁷¹ Når det foreligger grunnlag for å beregne kravet, skal entreprenøren nærmere ”begrunne og spesifisere”⁷² kravet i et spesifisert varsel. Her må entreprenøren begrunne hvorfor forholdene gir ham rett på fristforlengelse og/eller vederlagsjustering, slik at byggherren har mulighet for å vurdere om kravet er berettiget. I tillegg må lengden på fristforlengelseskravet og/eller beløpet på merkostnadene angis.⁷³ Tilsvarende regler om nøytral og spesifisert reklamasjon finner vi også i kjøpsretten.⁷⁴

⁶⁶ Marthinussen (2007) s. 232

⁶⁷ Barbo (1997) s. 217

⁶⁸ Se blant annet NS3430 pkt. 17.5 og pkt. 39 og NS8405 pkt. 8 første ledd

⁶⁹ Se blant annet NS8405 pkt. 8 andre ledd

⁷⁰ Se blant annet NS8405 pkt 24.4 og pkt. 25.3

⁷¹ Giverholt (2012) s. 308

⁷² Se blant annet NS8405 pkt. 24.6 og pkt 25.4

⁷³ Giverholt (2012) s. 308

⁷⁴ Kjl.§ 32

4.5 Preklusjon ved manglende eller for sen varslings

Dersom entreprenøren ikke fremsetter et form- og innholdsriktig krav om endringsordre eller tilleggskrav innen fristen, avskjæres (prekluderes) retten til å gjøre kravet gjeldende. Entreprenøren plikter da å utføre arbeidet innenfor tidsrammen av den opprinnelige kontrakten og uten å få vederlagsjustering og/eller fristforlengelse. Eventuelt må entreprenøren finne seg i å utføre tilleggsarbeid for å overvinne fremdriftshindringer på grunn av byggherrens mislighold eller force majeure for egen regning. At arbeidet blir en del av de opprinnelige kontraktsforpliktelser medfører at de alminnelige misligholdsbeføyelsene som mangler og forsinkelse kan gjøres gjeldene.⁷⁵

Virkingen av å oversitte varslingsfristen for vederlagsjustering og fristforlengelse kan avhenge av om det er det nøytrale eller spesifiserte varselet som ikke er gitt. Dersom det nøytrale varselet ikke sendes ”uten ugrunnet opphold” er konsekvensen at et ellers berettiget krav går tapt. Dette gjelder for alle de entrepriserettslige standardene bortsett fra NS8406. Når det gjelder det spesifiserte varselet er ikke virkingen nødvendigvis helt den samme. I NS8405 er det nå bestemt at kravet bare delvis tapes, i den forstand at entreprenøren ikke får lenger fristforlengelse eller større dekning av merutgifter ”enn den andre parten måtte forstå”.⁷⁶ Før 2008-endringen av NS8405 regulerte ikke standarden konsekvensen av at spesifisert varsel ikke ble gitt.⁷⁷ Heller ikke de eldre standardene regulerer virkingen.⁷⁸ Etter de eldre standardene vil nok manglende varsel primært ha bevismessige konsekvenser. I tillegg vil manglende varsel ha konsekvenser for den fristforlengelse som ble akseptert. For eksempel ville dette ha betydning dersom den andre parten ville kunne innrettet seg annerledes og derved avhjulpet en eventuell forsinkelse.⁷⁹

⁷⁵ Barbo (1997) s. 225 -226

⁷⁶ NS8405 pkt. 24.6 annet ledd

⁷⁷ Marthinussen (2010b) s. 311

⁷⁸ Se blant annet NS3430 pkt. 17.5 annet ledd og NS3431 pkt. 22.5 annet ledd

⁷⁹ Marthinussen (2010a) s. 212

4.6 Påberopelse av preklusjonsregelen

I de tidligere standardene i NS30- serien er det i utgangspunktet ingen betingelse at byggherren påberoper preklusjonsregelen for at rettsvirkningene skal inntre, i den forstand at preklusjon bare inntreer hvis og når byggherre reagerer på en bestemt måte. Dette er åpenbart når entreprenøren overhodet ikke varsler. Men også der det varsles for sent, må byggherren kunne avvise varselet formløst, eller forholde seg passiv.⁸⁰ Se mer om dette i passivitetskapittelet pkt. 5.7.

Som vi har sett på i pkt. 4.2.1 har de nye standardene fått endrede regler på dette punktet. Både NS8405⁸¹, NS8415⁸², NS8407⁸³ og NS8417⁸⁴ sier uttrykkelig at dersom en part ønsker å påberope seg at et varsel eller svar er for sent fremsatt, må dette gjøres ”uten ugrunnet opphold”. Dersom det ikke gjøres, anses varselet eller svaret å være gitt i tide. Regelen gjelder for både byggherre og entreprenør og for alle typer varsler og svar. Regelen vil nok få størst betydning når det gjelder endringsreglene.⁸⁵ Den nye regelen skaper balanse i kontraktsforholdet når det nå stilles krav til byggherres reaksjon og varsling på lik linje med entreprenøren. Byggherre skal ikke lenger kunne vente til sluttoppgjøret med å påberope at et krav er prekludert på grunn av for sen varsling.⁸⁶ Entreprenøren skal løpende få avklaring på byggherres standpunkt til fremsatte krav.⁸⁷

Etter de nye standardene må en slik innsigelse fremsettes ”uten ugrunnet opphold”.⁸⁸ I kommentarutgaven til NS8405 av Marthinussen med flere, tolkes ”uten ugrunnet opphold”

⁸⁰ Barbo (1997) s. 230

⁸¹ Pkt. 8 tredje ledd

⁸² Pkt. 8 tredje ledd

⁸³ Pkt. 5 tredje ledd

⁸⁴ Pkt. 5 tredje ledd

⁸⁵ Kolrud (2004) s. 82

⁸⁶ Kolrud (2004) s. 82

⁸⁷ Marthinussen (2010b) s. 307

⁸⁸ Se behandling av ”uten ugrunnet opphold” i oppgavens pkt 3.3.3

til å være så snart det er anledning til å varsle. Kolrud i sin kommentarutgave legger en lengre tidsfrist til grunn. Han hevder at den som mener det er varslet for sent skal kunne vente med en slik reaksjon inntil han har vurdert det materielle kravet.⁸⁹ Marthinussen skriver at Kolrud sin tolkning neppe er riktig og mener det er liten grunn til at den som mener det er varslet for sent, skal vente med å reagere, og mener at dersom dette hadde vært hensikten, burde det kommet til uttrykk i selve regelen.⁹⁰ Marthinussen sitt argument har gode grunner for seg. Det kan raskt avklares om varselet er fremkommet utenfor fristen, og det er derfor liten grunn til å vente med å reagere.

⁸⁹ Kolrud (2004) s. 82

⁹⁰ Marthinussen (2010a) s. 94

5 TYPESITUASJONER HVOR DOMSTOLENE TILSIDESETTER VARSLINGSREGLENE

5.1 Innledning

I dette kapittelet vil det bli gjennomgått typesituasjoner som viser når varslingsbestemmelser kan bli tilsidesatt av domstolene.

- 1) For det første har vi de tilfellene der domstolene knytter tilsidesettelse opp mot en ren rimelighetsvurdering. Dersom det ikke er varslet og bortfall av kravet fremstår urimelig, er det flere eksempler på at domstolene vurderer det som ”stridende mot den alminnelige rettsoppfatning, mot god tro eller lignende å tillegge manglende varsel vekt”.⁹¹ Typisk vil det være i de tilfelle hvor byggherren har vært klar over grunnlaget for kravet eller der et varsel uansett ikke ville kunne hindre kostnadsøkning eller fristutsettelse.⁹²
- 2) Det er antatt at en preklusjonsinnsigelse i noen situasjoner kan tapes ut fra læren om passivitet, og det skal redegjøres for i hvilke situasjoner dette kan være aktuelt. I forlengelsen av dette er det antatt at manglende varslingsregler ikke kan tillegges betydning der byggherre har drøftet kravets materielle berettigelse uten å ta forbehold om at varslingsfristen er oversittet.
- 3) I de kontraktsforholdene der partene gjennomgående ikke har fulgt standardens varslingsregler, har vi flere eksempler på at domstolene har kommet til at partene ved sin adferd har endret avtalevilkårene om varslingsregler. Det sies gjerne at partene har fraveket varslingsreglene gjennom konkludent adferd. Det er vanskelig å si noe om terskelen for å fravike varslingsreglene på dette grunnlaget, men det skal gjennomgåas momenter som domstolene typisk vil legge vekt på i en slik vurdering.

⁹¹ LH-2005-140477

⁹² Marthinussen (2007) s. 55

- 4) Til slutt skal det gjennomgås tilfeller der domstolene har revidert avtalevilkårene om varsling fordi det har vært urimelig å gjøre disse gjeldende. Både revisjon på grunnlag av lojalitetsprinsippet og avtaleloven § 36 skal behandles.

For alle typesituasjonene er det viktig å ha utgangspunktet klart; at terskelen er høy for å fravike standardkontrakter inngått mellom profesjonelle parter. Det vises til pkt. 2.1 om tolkning av standarder. Det er også grunn til å nevne at det ved uenighet er den som påstår at det er inngått en avtale som fraviker standardens system, som har bevisføringsplikten for dette.⁹³

Det er videre enkelte nyanser det er grunn til å fremheve før en nærmere drøftelse av de ulike typesituasjonene. Det må skilles mellom de tilfellene der byggherre eller begge parter frafaller retten til å påberope preklusjon i en enkelt situasjon, og de tilfeller hvor avkallet gjelder hele standardkontrakten, slik at preklusjonsregelen overhodet ikke kan gjøres gjeldende resten av kontraktstiden.⁹⁴

Når partene ved konkludent adferd endrer kontrakten, vil dette normalt innebære at partene endrer kontraktsvilkårene generelt, med virkning også fremover i tid. (Se mer om dette i pkt.5.8.) I de situasjonene der byggherre gir avkall på retten til å påberope preklusjon i en konkret situasjon, for eksempel ved passivitet eller gjennom realitetsdrøftelser (se nærmere pkt. 5.6 og 5.7) anses dette normalt kun å ha virkning for den enkelte situasjon og ikke for hele den gjenstående del av kontrakten.⁹⁵

Det må normalt antas at terskelen for tilsidesettelse av hele standardkontrakten er høyere enn ved tilsidesettelse av enkeltbestemmelser fordi det normalt er et fremtredende behov for varslingsregler i entreprisekontrakter generelt, og særskilt i kompliserte og omfattende entrepriseforhold.⁹⁶

⁹³ Se blant annet LB-2009-52844 og LB-2008-49504

⁹⁴ Barbo (1997) s. 233

⁹⁵ Se blant annet Barbo (1997) s. 233 -247

⁹⁶ I.c.

5.2 Uttrykkelig avtalerettslig avkall på retten til å påberope preklusjon

En kontraktspart står fritt til å la være å påberope seg retten til å gjøre gjeldende rettstap som følge av at det er varslet for sent. Dette kan forankres i disposisjonsprinsippet som går ut på at partene selv kan disponere over egne interesser. Eksempelvis kan en selger fritt velge å rette en mangel selv om kjøper har oversittet reklamasjonsfristen.⁹⁷ Tilsvarende kan byggherren fritt bestemme og la være å påberope at det er varslet for sent. Varselet skal da håndteres som om det var gitt i tide, slik at eksempelvis kravet om tilleggsvederlag eller fristforlengelse er i behold.⁹⁸

Denne retten gjelder imidlertid ikke ubetinget. Avkall på retten til å påberope preklusjon kan kun aksepteres hvis det er til fordel for entreprenøren. Det betyr at byggherres avkall må skje før entreprenøren påbegynner endringsarbeidene. Byggherren kan ikke frafalle retten til å påberope preklusjon dersom entreprenøren etter at preklusjon har inntrådt, har innrettet seg på at arbeidene likevel må utføres som en del av de endrede kontraktsforpliktelsene.⁹⁹

5.3 Der varsling ikke ville gitt byggherre adgang til å utøve sin valgrett

Ved for sen eller manglende varsel ser domstolene i stor grad hen til den faktiske virkningen av dette. Et av de viktigste hensynene bak varslingsbestemmelsene er å gi byggherre valgrett til å påvirke prosessen videre¹⁰⁰. Dersom det pålagte endrings- eller tilleggsarbeidet viser seg å bli dyrere enn det byggherre på forhånd hadde regnet med, vil han ved rettidig varsel, ha mulighet til å iverksette tiltak og omdisponeringer som kan begrense kostnadene. Tilsvarende vil det være i forhold til fremdriftshindringer. I denne første kategorien faller de tilfellene hvor domstolene etter en konkret tolkning legger avgjørende vekt på hensynet bak varslingsreglene for å komme frem til et rimelig resultat.

⁹⁷ Monsen (2010) s. 196

⁹⁸ Barbo (1997) s. 240 flg.

⁹⁹ Ibid. s. 229

¹⁰⁰ Sandvik (1966) s. 364

LB-2002-3890 er et eksempel hvor domstolen ved å legge vekt på rimelighets- og hensynsbetraktninger kom til at kravet var i behold til tross for manglende varsel. I saken som gjaldt en sluttoppgjørstvist i entreprisekontrakt for bygging av Oslofjordtunnelen, ble den sene varslingen ble ansett å være fremsatt rettidig fordi det ikke ville hatt betydning for byggherres valgmuligheter dersom varselet hadde blitt fremsatt tidligere. Underveis i kontrakten hadde det påløpt ekstra kostnader for arbeid som måtte omlegges som følge av uforutsette løsmasser. Tunneldrivere og tunnelinnredningsarbeidere måtte blant annet arbeide samtidig, noe som gjorde at innredningsarbeiderne presset lønnen fordi de var lavere lønnet enn tunneldriverne. Dette medførte økte lønnskostnader for entreprenøren som ble krevet dekket i sluttoppjøret. Byggherre påberopte seg da at kravet om tilleggs-kostnader til økte lønnsutgifter uansett ikke var varslet i tide. Tidsfristen for å varsle om kravet var utløpt, men ble av domstolene likevel ansett å være i behold etter å ha latt hensynene bak varslingsreglene få avgjørende betydning. Lagmannsretten uttalte

”Når det gjelder varslingskravet i kontraktens punkt 17.5 første ledd, er det ikke tvilsomt at SRG først den 8. desember 1999 ga adekvat notis til SvOf [byggherre]. Tingretten avgjorde kravet på det grunnlag at dette varselet var for sent fremsatt. Lagmannsretten er ikke enig i det. Det må ved bedømmelsen av vilkåret om at varsel skal sendes uten ugrunnet opphold sees hen til at ethvert varsel om et krav av denne type ikke ville stille SvOf overfor valgmuligheter. Etter omstendighetene finner lagmannsretten at varselet må ansees rettidig”.

Til tross for at ordlyden sier at det må varsles ”uten ugrunnet opphold”, la domstolen her avgjørende vekt på hensynene bak varslingsreglene for å komme frem til et annet og mer rimelig tolkningsresultat. I saken ville byggherre ved tidligere varsel uansett ikke hatt mulighet til å utøve valgretten fordi tilleggs-kostnadene uansett ikke kunne unngås, dersom entreprenøren skulle klare å ferdigstille prosjektet.¹⁰¹ På denne bakgrunn ble det for sene

¹⁰¹ Sandvik (1966) s. 365

varselet ikke tillagt vekt og entreprenøren fikk dekket lønnskostnadene.¹⁰² Dommen følger således opp tidligere praksis hvor domstolene legger betydelig vekt på byggherres adgang til å utøve sin valgtrett.¹⁰³

Det samme synspunktet må gjelde tiltak som er nødvendige forutsetninger for at prosjektet skal bli ferdig, slik som lønnskostnadene i avgjørelsen. Et annet eksempel på dette vil være at det skjer et uhell som byggherre har risikoen for slik at det må foretas utbedringsarbeider. I et slikt tilfelle vil entreprenøren kunne kreve kostnadene dekket selv om det ikke er varslet, så lenge kostnadene er påregnelige.¹⁰⁴

Det er likevel ofte en vanskelig vurdering i hvilken utstrekning byggherre faktisk ville hatt en valgtrett og som gav ham mulighet til å gjennomføre besparende tiltak. Hensynet til byggherres behov for forutberegnelighet og oversikt over den totale kontraktsprisen og dermed de behov byggherre har for å holdes orientert om de krav som til enhver tid er fremsatt,¹⁰⁵ tilsier at terskelen for tilsidesettelse av varslingsreglene bør være forholdsvis høy. Det bør i det minste foreligge forholdsvis klare holdepunkter for at det uansett ikke ville vært mulig for byggherre å begrense eller avverge kostnadsøkning eller utsette ferdigstillelsesdato før tilsidesettelse på et slikt grunnlag kan bli aktuelt.¹⁰⁶

¹⁰² Lagmannsretten foretok imidlertid en skjønsmessig reduksjon av entreprenørens krav, uten at dette kan sees som at preklusjonsregelen fikk anvendelse på deler av kravet. Reduksjonen ble foretatt fordi retten vurderte det som mer tvilsomt at kravet til årsakssammenheng var oppfylt. Retten fant heller ikke etter en konkret bevisvurdering at entreprenøren kunne godtgjøre en lønnsøkning i den størrelsesorden de hadde gjort gjeldende.

¹⁰³ Se blant annet Sandvik (1966) s. 364 -365 med videre henvisninger til blant annet voldgiftspraksis.

¹⁰⁴ Marthinussen (2007) s. 55

¹⁰⁵ Sandvik (1966) s. 365

¹⁰⁶ Marthinussen (2007) s. 55

5.4 Byggherre var klar over forholdet som berettiger vederlagsjustering eller fristforlengelse

Når entreprenørens tilleggskrav har oppstått som følge av byggherres arbeidspålegg, må det ut fra gjeldende rett legges til grunn at domstolene ikke tillegger manglende varsling like stor betydning. Byggherre vil da kjenne til de forholdene som begrunnet kravet, slik at det i disse tilfellene kan virke svært urimelig dersom kravet prekluderes.¹⁰⁷

Et eksempel følger av lagmannsrettens avgjørelse i LH-2005-140477 hvor lagmannsretten kom til at kravene om fristforlengelse i det vesentlige var gått tapt på grunn av manglende varsling.¹⁰⁸ Saken gjaldt NS3430 og tvist mellom Tromsø kommune (byggherre) og Otto Sedolfsen AS (entreprenør). Blant spørsmålene som retten tok stilling til var om Otto Sedolfsen AS hadde rett til fristforlengelse som følge av konkurs hos fasadeentreprenøren Rognlid AS. Otto Sedolfsen AS hadde ikke varslet byggherre om krav om fristforlengelse som følge av konkursen, men Rognlid AS hadde umiddelbart varslet byggherre direkte om oppbud (konkurs) og antydnet at konkursen kunne få konsekvenser for fremdriften. Lagmannsretten kom til at

”forholdet må ha fremstått som så åpenbart for Tromsø kommune [byggherre] at det vil være urimelig og stride mot den alminnelige rettsoppfatning å avslå kravet fordi formelt krav om fristforlengelse ikke ble sendt, jf. Kolrud side 153.”

Det forelå spesielle omstendigheter i saken som gjorde at retten ikke tillå manglende varsel vekt, der dette etter standardens ordlyd skulle medført bortfall. Retten la blant annet vekt på at konkursen ikke var noe Otto Sedolfsen AS som entreprenør var ansvarlig for, og uten at det sies eksplisitt ser retten også ut til å ha lagt vekt på at en forsinkelse må ha fremstått som synbart for Tromsø kommune, selv om det var uklart hvor lang forsinkelse konkursen ville medføre. Det ser ut til å ha vært av betydning at retten fant at forsinkelsens lengde fremsto som påregnelig.

¹⁰⁷ Kolrud (1992) s. 153 og Sandvik (1966) s. 364

¹⁰⁸ LH-2005-140477, i sammendraget

“Så lenge varsel ikke ble sendt, er det imidlertid vanskelig å vurdere hvor lang fristforlengelse forholdet ga krav på, og den ankende part har heller ikke selv forsøkt å angi et antall dager. Kravet synes imidlertid ikke under noen omstendighet å utgjøre et antall dager som får betydning for beregningen av dagmulkten, heller ikke påplussset dager for forsinkelse på grunn av påstøp i 3. etasje. Samlet sett utgjør forsinkelsen som berettiger fristforlengelse neppe mer enn 30-40 dager.”

Hensynet til entreprenørens behov for forutberegnelighet var med andre ord tilstrekkelig ivaretatt, men rettens vurdering kan potensielt tenkes å ha blitt en annen for det tilfelle hvor forsinkelsens lengde ikke hadde fremstått som påregnelig eller adekvat for byggherre.

Oppsummert vil betydningen av varslingen derfor være mindre viktig i tilfeller som dette. Hensynene bak varsling vil være ivaretatt når byggherre kjenner til forholdene og arbeidspålegget. Når byggherre har gitt et endringspålegg, er han klar over at det kan medføre tilleggskostnader eller fristforlengelse, og han beholder derfor muligheten til å styre prosjektet og påvirke prosessen videre, for eksempel ved å redusere kostnader. Hensynet til å falle ned på et rimelig resultat tilsier derfor at man ikke anser kravet som prekludert.

Det kan nevnes at avgjørelsen også kan sees ut fra en vinkling om lojalitetsprinsipp i kontraktsforholdet (se for øvrig pkt. 5.9). Når Tromsø kommune var klar over konkursen og det fremsto som synbart at konkursen ville medføre forsinkelser og entreprenøren ikke kunne lastes for forsinkelsen, tilsier alminnelige lojalitetsbetraktninger at retten til tilleggsfrist ikke er prekludert.

5.5 Velbegrunnede og dokumenterte krav

Domstolene har lagt vekt på hvor klart og godt begrunnet kravet fremstår. Terskelen for å prekludere et krav på grunn av manglende varsel synes å være høyere der kravet materielt sett er velbegrunnet. Omvendt vil domstolene raskere tillegge manglende varslingsvekt der kravet fremstår mer tvilsomt.¹⁰⁹ Eksempelvis vil det i en situasjon der det er uklart om end-

¹⁰⁹ Marthinussen (2007) s. 56

ringsarbeidet vil medføre tilleggskrav, mindre til for at entreprenørens krav bortfaller, for eksempel hvis endringen kun går ut på at det skal brukes en annen type vinduer i stedet.

Dersom entreprenøren ikke har fremsatt krav om tilleggsvederlag under arbeidets gang, kan dette oppfattes som at entreprenøren tolker kontrakten dit hen at arbeidet ikke betinger tillegg eller at entreprenøren har frafalt kravet underveis. Fremmes kravet først etter at arbeidet er avsluttet er det lett å mistenke at kravet er oppkonstruert eller hvert fall overdimensjonert.¹¹⁰

I LE-1998-648 krevde Scandinavian Airport Group ANS (SAG) som var entreprenør for deler av Gardermoen – utbyggingen, drøyt 80 millioner i tilleggsvederlag.¹¹¹ Det var ikke sendt spesifisert varsel ”innen rimelig tid”, noe som medførte bevisproblemer i forbindelse med kravet. Selv om ikke NS3430 pkt. 17.5 regulerer følgen av at det ikke er sendt spesifisert varsel innen fristen, kom lagmannsretten til at det var naturlig å la ”*bevistvil som skyldes slik manglende varsel gå ut over den som burde ha varslet, altså entreprenøren*”. Rettens konklusjon ble deretter at kravet var i behold, men at bevistvil som ville vært avverget, dersom varsel hadde vært sendt, skulle gå ut over entreprenøren som ikke hadde varslet.

Denne dommen får direkte betydning for NS8406 som heller ikke angir følgen av at varsel ikke er sendt.

Oppsummeringsvis kan det sies at i de tilfeller der kravet fremstår velbegrunnet og veldokumentert skal det mindre til før man tillegger det manglende varselet betydning. Er derimot tilleggskravet materielt sett tvilsomt skal det mer til for at domstolene ser bort fra at det ikke er varslet.

¹¹⁰ Marthinussen (2007) s. 56 og Sandvik (1966) s. 368

¹¹¹ LE-1998-648, i dommens sammendrag.

5.6 Passivitet

Passivitet som tilsidesettelsesgrunnlag innebærer at byggherre kan tape retten til å gjøre preklusjonsinnsigelsen gjeldende ved å forholde seg passiv til entreprenørens for sent fremsette krav, med den virkning at entreprenørens krav ikke prekluderes.

Passivitet er nå positivt regulert i NS8406 pkt. 3 og har i tillegg fått hjemmel i NS8405 pkt. 8 (3) og NS8407 pkt. 5 (3).

I NS8405 og NS8407 må den som ønsker å påberope seg at den andre parten har varslet for sent, gjøre dette uten ”ugrunnet opphold”, for ikke å tape retten til å gjøre gjeldende preklusjonsinnsigelsen, se pkt 4.2.1. Byggherre kan med andre ord tape preklusjonsinnsigelsen ved passivitet direkte i medhold av standardene.

NS8406 har et mindre strengt varslingsregime enn både NS8405 og NS8407 (samt deres forløpene¹¹²), der konsekvensene av manglende varsel ikke fremgår direkte av standarden. I stedet henviser NS8406 i pkt. 3 til at *”en part som ikke varsler eller svarer innen kontraktens varslingsfrister, vil kunne miste rettigheter og innsigelser i samsvar med norsk retts vanlige regler”*.¹¹³ Med “vanlige regler” siktes det til ulovfestede passivitetsregler. Standarden henviser altså her uttrykkelig til at bestemmelsene skal utfylles av den alminnelige bakgrunnsretten.

Spørsmålet blir da om byggherre etter ulovfestede passivitetsregler må påberope preklusjonsinnsigelsen for ikke å tape retten til å gjøre preklusjonsinnsigelsen gjeldende.

Det klare utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at løftemottager ikke blir avtalerettslig bundet dersom han forholder seg passiv. Det må derfor kreves særlige grunner for at passivitet skal binde parten. Alminnelige lojalitets og innrettelsehensyn tilsier likevel at en part i enkelte tilfeller kan bli bundet av sin passivitet.¹¹⁴ Et eksempel vil være...

¹¹² NS3430 og NS3431

¹¹³ NS8406 pkt. 3

¹¹⁴ Woxholth (2011) s. 91-92

Når det gjelder passivitet som tilsidesettelsesgrunnlag for varslingsreglene, vil praksis rundt alminnelige reklamasjonsregler kunne gi veiledning. Utgangspunktet er her at det ikke er plikt for debitor til å gi melding om at reklamasjonen er for sent fremsatt innen rimelig tid etter at han ble kjent med kreditors reklamasjon. Verken kontraktslovgivningen eller rettspraksis gir støtte for en slik regel. Når det gjelder det ulovfestede passivitetsprinsippet i relasjon til reklamasjons- og varslingsfrister er det imidlertid antatt at kreditor i noen tilfelle må følge opp en rettidig reklamasjon for ikke å tape retten til å gjøre gjeldende misligholdskravet. Dette vil være i situasjoner der innrettelsesaspektet hos debitor taler for at passivitet prekluderer kravet. Det vil si at en kjøper ikke bare kan forholde seg passiv etter å ha fremmet et reklamasjonskrav, men må følge opp for å være på den sikre siden. Det at kreditor kan tape kravet på denne måten, ivaretar hensynet til debitor, som etter en tid uten at kravet har blitt fulgt opp, fort kan få inntrykk av at misligholdet ikke lenger vil bli gjort gjeldende.¹¹⁵ Det kan anføres at ”symmetribetraktninger”¹¹⁶ taler for at tilsvarende må gjelde dersom debitor mottar for sent fremsatt reklamasjon. Sier han ikke fra, kan kreditor få grunn til å tro at det har blitt sett bort fra misligholdet. Lojalitetsplikten i kontraktsforhold er et ytterligere argument for at det kan kreves aktivitet fra debtors side i denne situasjonen, ut fra en betraktning om at debitor på et tidligere tidspunkt burde brakt kreditor ut av hans villfarelse knyttet til varslingsens rettidighet.¹¹⁷

Etter ulovfestede passivitetsprinsipper kan debitor derfor tape sin rett til å gjøre reklamasjonsinnsigelsen gjeldende dersom han forholder seg passiv til en for sent fremsatt reklamasjon. Dersom vi overfører dette synspunktet til entrepriseretten vil byggherre etter ulovfestede passivitetsprinsipper kunne tape preklusjonsinnsigelsen dersom han ikke sier fra til entreprenøren at kravet hans er varslet for sent. I kontrakter inngått med NS8406 som standardvilkår må derfor byggherre etter pkt. 3 i kontrakten påberope preklusjonsinnsigelsen for ikke å tape retten til å gjøre denne gjeldende.

¹¹⁵ Monsen (2009) s. 197

¹¹⁶ I.c.

¹¹⁷ I.c.

Et spørsmål som må reises er om preklusjonsinnsigelsen tapes i alle tilfeller. Dette må bero på en helhetsvurdering hvor flere momenter kan være relevante. Det vil for det første ha betydning hvor lenge byggherre har ventet med å si fra. Om passiviteten er klanderverdig er også et moment, og særlig der passivitet er kombinert med aktivitet som gir en forventning om at det ikke vil bli gjort gjeldende at det er varslet for sent.¹¹⁸

Reglene om at partene kan tape rettigheter som følge av passivitet er lagt til grunn og har også hatt betydning i relasjon til de tidligere standardene. Forskjellen er at de tidligere entreprisestandardene ikke regulerer situasjonen direkte slik som i de nye standardene. Byggherres svarplikt er riktignok regulert, i den forstand at byggherre må svare ”uten ugrunnet opphold” på et krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse for ikke å tape innsigelser mot kravet.¹¹⁹ Det ligger imidlertid ingen betingelse etter disse kontraktene om at byggherre må påberope preklusjonsregelen for at rettsvirkningen skal inntre. Bestemmelsene tolket isolert sett tilsier at når entreprenøren varsler for sent, må byggherre kunne avvise varslet formløst. Det er antatt i teorien at ”også når det varsles for sent, må byggherren kunne avvise varslet formløst, eller endog forholde seg passiv”.¹²⁰ Reglene er utformet slik at byggherre nettopp ikke har noen plikt til å respondere hvis entreprenøren ikke varsler, eller varsler for sent.¹²¹

Det er imidlertid gode argumenter for at passivitet i noen entrepriserettslige typesituasjoner også etter de gamle standardene kan tolkes som frafall av retten til å gjøre gjeldende at kravet er prekludert. For det første vil dette kunne anføres der byggherre forstår at entreprenøren selv tror at endringsordrekravet er fremsatt rettidig. Det vil være relativt enkelt for byggherre å forstå dette, entreprenøren vil nemlig i denne situasjonen ikke utføre arbeidet fordi han ikke har fått tilbakemelding på kravet av byggherre. Når byggherre oppdager at entreprenøren ikke har til hensikt å utføre arbeidene, må lojalitetsplikten tilsi at han melder

¹¹⁸ Monsen (2009) s. 197

¹¹⁹ Se blant annet NS3430 pkt 28.3.2

¹²⁰ Barbo (1997) s. 230

¹²¹ I.c.

fra til entreprenøren at arbeidene nå er blitt en del av kontrakten på grunn av inntrådt preklusjon. Entreprenøren får da valget om å gjøre arbeidet uten fristforlengelse og/eller tilleggsvederlag, eller å risikere å misligholde kontrakten. Det ville være urimelig om byggherre passivt kunne se på at arbeidene ikke gjøres, for så senere å påberope preklusjon.¹²²

En annen typesituasjon der det er nærliggende å tolke byggherres passivitet som frafall av preklusjonsinnsigelsen er der byggherre betaler entreprenørens tilsendte faktura uten å protestere.¹²³ Et tredje tilfelle er der byggherre ikke påberoper at et endringsordrekrav er for sent fremsatt når han kommer med et begrunnet avslag på entreprenørens for sent fremsatte endringsordrekrav.¹²⁴ Dette må imidlertid likestilles med realitetsdrøftelser, som vil gjennomgå i pkt. 5.7.

Etter dette må det være klart at tvister på grunn av passivitet vil begrenses etter innføringen av de nye standardene. Regelen i NS8405¹²⁵ og NS8407¹²⁶ vil nå selv regulere situasjonen, og det samme gjelder NS8406 pkt. 3. Innføringen av bestemmelsene vil derfor være vellykkede på dette området da de gir større forutberegnelighet for partene. Det vil ikke lenger knytte seg usikkerhet til om byggherre kan tape preklusjonsinnsigelsen som følge av passivitet slik som tidligere. Nå må han varsle i alle tilfelle.

5.7 Realitetsdrøftelser

Det kan reises spørsmål om byggherren taper retten til å påberope at det er varslet for sent, når han innlater seg på en diskusjon av kravets materielle berettigelse, uten å ta forbehold om at varslingsfristen er oversittet.

¹²² Ibid. s. 231

¹²³ Ibid. s. 232

¹²⁴ Ibid. s. 231

¹²⁵ Pkt. 8 tredje ledd

¹²⁶ Pkt. 5 tredje ledd

Det skal først redegjøres for prinsippet om realitetsdrøftelser generelt, for så å se på prinsippet som tilsidesettelsesgrunnlag, og deretter dets relevans etter innføringen av de nye standardene i NS84-serien.

Læren om realitetsdrøftelser ble gradvis utviklet av Høyesterett på begynnelsen av 1900-tallet. Regelen går ut på at en innsigelse om for sent fremsatt reklamasjon tapes dersom mottakeren uten forbehold innlater seg på en diskusjon av reklamasjonens holdbarhet.¹²⁷ Regelen har vært kritisert fordi den kan virke som en felle for den part som i utgangspunktet har rett til å påberope at reklamasjonen er for sent fremsatt.¹²⁸ Det vil kreve juridisk innsikt å drøfte med kontraktsparten om reklamasjonen er berettiget eller ikke uten å tape reklamasjonsfristinnsigelsen.¹²⁹ Regelen vil videre kunne motvirke minnelige løsninger av uoverensstemmelser ved at selger henger seg opp i de formelle spørsmål.¹³⁰

I Rt. 1984 s. 962 ”Mesterhusdommen” ble anvendelsesområdet utvidet fra kun å gjelde kjøp til også å få anvendelse i entrepriseforhold. Høyesterett begrenset likevel lærens anvendelighet ved å legge et mer fleksibelt vurderingstema til grunn, i favør av den part som har rett til å påberope at reklamasjonsfristen er oversittet.¹³¹

Saken gjaldt et reklamasjonskrav i et ferdighuskontraktsforhold, der entreprenøren ikke hadde påberopt oversittelse av reklamasjonsfristen. Hvorvidt entreprenøren hadde frafalt fristinnsigelsen, eller direkte gått med på å utbedre mangler, måtte bero på en

*”samlet vurdering av partenes forhandlinger og forhold for øvrig” etter at byggherren første gang tok opp saken med entreprenøren.*¹³²

¹²⁷ Kolrud (1997) s. 585

¹²⁸ Kruger (1991) s. 581

¹²⁹ Ibid. s. 746

¹³⁰ Ibid s. 581

¹³¹ Barbo (1997) s. 238

¹³² Rt. 1984 s. 967

I denne konkrete saken fant retten at entreprenøren hadde opptrådt på en måte som ga byggherren inntrykk av at taklekkasjen ville bli avhjulpet såfremt den skyldtes mangelfull utførelse eller konstruksjon av taket. På denne bakgrunn hadde entreprenøren avskåret seg fra å påberope at reklamasjonsfristen var oversittet. Rettens uttalelse vedrørende vurderingstemaet viser likevel at det ikke er noen automatikk i at realitetsdrøftelser leder til bortfall av retten til å påberope at entreprenøren har varslet for sent.¹³³ Det må foretas en konkret vurdering av om det er naturlig å forstå partens diskusjon av kravet som et dispositivt frafall av fristinnsigelsen. Dette vurderingstema er også mer i tråd med alminnelige avtalerettslige prinsipper om hva som skal til for å binde seg avtalerettslig.¹³⁴

Kritikken mot realitetsdrøftelser som omtalt innledningsvis treffer ikke like godt på preklusjonsreglene i entrepriseretten. I Mesterhusdommen uttalte førstvoterende at det i helhetsvurderingen, måtte være ”rimelig også å se hen til de særlige forhold ved kontrakter av denne art, jfr. det ankemotparten har anført om reelle hensyn”.¹³⁵ I denne saken var det tale om en ettårsfrist som man mente var for kort, da mangler i forbindelse med nyoppførte boliger ofte ikke viser seg før denne fristen allerede er utløpt. Førstvoterendes uttalelse kan tolkes dit hen at reelle hensyn talte for at det ikke ble stilt for strenge krav til hva som skal anses som avkall på retten til å påberope at ettårsfristen var utløpt.

For de preklusjonsregler som benytter den relative tidsangivelsen ”uten ugrunnet opphold” gjør imidlertid ikke de samme hensynene seg gjeldende. Et av formålene bak kontraktens varslingssystem er at tvister og uenigheter skal identifiseres og løses gjennom kontraktens bestemmelser. Dersom partene skal begynne å diskutere kravet kan dette være nokså ressurskrevende fordi det underliggende materielle spørsmålet kan være vanskelig å løse. Det vil derfor være mer hensiktsmessig at byggherren påberoper at det er varslet for sent. Dette er også hensiktsmessig for entreprenøren slik at han unngår å bruke ressurser på forhandlinger som man kunne unngått dersom man i forkant fikk vite at kravet uansett var fremsatt

¹³³ Barbo (1997) s. 239

¹³⁴ Ibid. s. 238

¹³⁵ Rt. 1984 s. 962 s. og Barbo (1997) s. 239

for sent.¹³⁶ Partene burde også være klar over hvor strenge og formalistiske varslingsreglene er, og hva slags omfattende konsekvenser det kan få dersom man unnlater å varsle. Entreprenøren har derfor god grunn til å tolke byggherrens diskusjon av kravets materielle berettigelse slik at det ikke senere vil bli påberopt at kravet er for sent fremsatt. Jo lengre tid som går, jo lettere vil entreprenøren kunne tro dette.¹³⁷

Tap av preklusjonsinnsigelsen gjennom realitetsdrøftelser er lagt til grunn i flere avgjørelser¹³⁸ og har hatt betydning i relasjon til tidligere standarder.

Det kan reises spørsmål om man trenger en selvstendig lære om realitetsdrøftelser ved siden av de ulovfestede reglene om passivitet, fordi man heller kan se på diskusjonen av kravet som et dispositivt frafall av debtors reklamasjonsinnsigelse eller se på det som et spørsmål om debitor har ventet urimelig lenge med å påberope for sen reklamasjon. Påvisning av realitetsdrøftelser kan ha stor betydning i vurderingen av om debitor har ventet urimelig lenge med fremme innsigelsen.¹³⁹

Spørsmålet er hva slags relevans realitetsdrøftelser har som tilsidesettelsesgrunnlag i de nye standardene i NS84-serien.

Den nye regelen både i NS8405 pkt. 8 tredje ledd og NS8407 pkt. 5 tredje ledd, begrenser muligheten til å tape preklusjonsinnsigelsen gjennom realitetsdrøftelser. Nå må byggherre varsle ”uten ugrunnet opphold” dersom han vil påberope at det er varslet for sent. Byggherre vil vanskelig kunne tape kravet fordi han har innlater seg på en realitetsdrøftelse av kravet uten samtidig å oversitte fristen om å varsle ”uten ugrunnet opphold” til å varsle at kravet er fremsatt for sent.

¹³⁶ Barbo (1997) s. 239 flg.

¹³⁷ Ibid.s. 240

¹³⁸ Se blant annet LH-1998-589 og LE-1993-2338

¹³⁹ Monsen s. 198 -199

Det har fra enkelte hold vært hevdet¹⁴⁰ at realitetsdrøftelser fortsatt har relevans i kontraktsforhold inngått med NS8405 og NS8407 som standardvilkår dersom byggherre først i tide har påberopt at et krav er fremsatt for sent, men senere velger å drøfte realiteten i kravet. Det hevdes da at byggherre vil kunne gjenopplive en i utgangspunktet ferdig diskusjon, og byggherren vil neppe kunne nå frem med at han opprinnelig hadde varslet om fristoversittelse.¹⁴¹ Selv om det er antatt at det skal lite til før reklamasjonsinnsigelsen tapes, kan denne argumentasjonen neppe fremstå som riktig da den første påberopelsen av preklusjonsinnsigelsen må anses som et tilstrekkelig forbehold om fristforholdet før byggherre tar opp igjen diskusjonen av kravet. Dersom man likevel skulle legge til grunn et slikt prinsipp, må det antas at det skal klare holdepunkter til for at preklusjonsinnsigelsen er fraveket. En alminnelig diskusjon av kravet i etterkant kan neppe være tilstrekkelig.

NS8406 pkt. 3 regulerer passivitet, og som vi så over må det etter regelen påberopes at et varsel er fremsatt for sent for ikke å tape kravet. Bestemmelsen setter imidlertid ingen begrensning for at byggherre kan tape preklusjonsinnsigelsen ved å diskutere kravets realitet slik som bestemmelsene i NS8405 pkt. 8 tredje ledd og NS8407 pkt. 5 tredje ledd. realitetsdrøftelser vil derfor fortsatt være et relevant tilsidesettelsesgrunnlag for varslingsbestemmelsene i NS8406.

5.8 Konkludent adferd – avtalerettslig avkall gjennom partenes handling

5.8.1 Innledning

Vi har allerede i pkt. 5.2 sett på den situasjon at byggherre gir avkall på å påberope preklusjonsinnsigelsen gjennom et uttrykkelig utsagn. Avkall kan også skje ved partenes konkludente adferd.¹⁴²

¹⁴⁰ Tryti (2010)

¹⁴¹ I.c.

¹⁴² Hagstrøm (2011) s. 363

Det er akseptert i kontraktsretten at en part kan bli bundet av sin adferd selv om det ikke foreligger et bindende løfte. Begrunnelsen for å likestille handlinger med ord som disposisjonskriterium er formfrihetsprinsippet og forventningsprinsippet. Formfrihetsprinsippet gjør at handlinger også kan skape løftevirkninger og forventningsprinsippet lar det avgjørende for om løftevirkninger inntreffer være om handlingen gir berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand.¹⁴³

Når partene inngår standardavtaler med strengt formaliserte varslingsregler, hender det at partene mer eller mindre bevisst ikke overholder de gjeldende prosedyrene. Et praktisk tilfelle er der partene har brukt en standardkontrakt, uten å ha en intensjon om å følge bestemmelsene i kontrakten. Partene velger med andre ord en standard som ikke stemmer overens med hvordan de ønsker å følge opp kontrakten i praksis.¹⁴⁴

Partene etablerer en uformell praksis ved siden av kontrakten, som kan virke uheldig dersom en av partene en dag ser seg tjent med å falle tilbake på kontraktens system.¹⁴⁵ Dette medfører ikke sjelden at det blir tvist om tilleggskrav eller fristforlengelseskrav det ikke er varslet om. Den parten som ikke har varslet om tilleggskravet påberoper seg gjerne at partene har gitt avkall på varslingsreglene gjennom den praksis de har hatt seg i mellom hvor varslingsprosedyrene ikke konsekvent er overholdt. Den andre parten vil da gjerne hevde at standardkontraktens varslingsregler fortsatt gjelder mellom partene, slik at kravet om tilleggsbetaling er prekludert. Risikoen for den part som påberoper at kontraktens system er satt ut av kraft, er at opptredenen ikke har vært konsekvent nok i forhold til kontraktens klare varslingsbestemmelser, slik at kravet om vederlagsjustering og/eller fristforlengelse ikke når frem.¹⁴⁶ (se pkt. 5.8.4)

Det som i realiteten skjer når partene konsekvent ikke benytter kontraktens regler, er at kontraktsvilkårene i noen tilfelle omlegges på den måten at varslingsreglene ikke lenger

¹⁴³ Woxholth (2012) s. 90

¹⁴⁴ Knag (2010) s. 92 og 103

¹⁴⁵ Kaasen (2006) s. 326

¹⁴⁶ Ibid. s. 326-327

gjelder i kontraktsforholdet.¹⁴⁷ Partene har gjennom sine handlinger avtalt seg bort fra kontraktens varslingsprosedyrer. Et illustrerende eksempel er dommen fra Borgarting lagmannsrett (LB-2001-3116) der retten uttalte:

”... Under enhver omstendighet har partene innrettet seg slik at de saksbehandlingsprosedyrer som følger av NS3430 i mange tilfeller ikke har vært fulgt. Det må antas at begge parter ved sin konkludente adferd har vært innforstått med og også sett seg tjent med det. Når det var situasjonen, kan ikke den ene parten i avtaleforholdet senere påberope strenge fristregler som kan føre til rettighetstap uten at det på forhånd er gitt skriftlig varsel om det”

For noen aktører, særlig de mindre profesjonelle kan varslingsystemet hevdes å være for kompliserte å forstå og bruke til at de faktisk anvender det. Noen synes at det kontraktsadministrative arbeidet tar uforholdsmessig mye tid og har derfor en mer uformell holdning til systemet. Noen oppfatter det også som vanskelig for samarbeidsklimaet å sende formelt varsel og svar i henhold til kontraktens system, og tar det derfor heller fortløpende muntlig på byggeplassen.¹⁴⁸

Problemstillingen er hva som skal til for at domstolene anser kontraktens varslingsregler som fraveket gjennom partenes konkludente adferd.

Terskelen er i utgangspunktet høy for fravikelse når partene har brukt en balansert og velkjent kontrakt. Behovet for forutberegnlige bestemmelser og et system som løser tvister og ivaretar styringshensyn er stort, slik at det har formodningen mot seg at partene gjennom sin adferd har endret kontraktsvilkårene.¹⁴⁹

Dommene som brukes for å illustrere relevante momenter i vurderingen gjelder tvister om varslingsreglene i de gamle standardene. Problemstillingen fremstår likevel fortsatt som

¹⁴⁷ Barbo (1997) s. 234

¹⁴⁸ Kaasen (2009) s. 63-64

¹⁴⁹ Barbo (1997) s. 234

aktuell etter innføringen av NS8405 pkt. 8 (3) og NS8407 pkt. 5 (3). Selv om denne regelen stiller krav til at byggherre må reagere dersom entreprenøren har fremsatt et krav om endringsordre eller tilleggskrav for sent, er det er ingenting i veien for at partene gjennom konkludent adferd har gitt avkall også på denne regelen. Her vil det kunne ha betydning om det kun er en individuell tilsidesettelse av en varlingsbestemmelse eller en generell tilsidesettelse av varlingsbestemmelsene. (se innledningen om typesituasjonene i pkt. 5.1)

5.8.2 Utgangspunktet for vurderingen – partenes adferd

Når det skal vurderes om partenes adferd under kontraktsutviklingen gir holdepunkter for tilsidesettelse av reglene, må det foretas en helhetsvurdering der utgangspunktet er en tolkning av partenes adferd. Avgjørelsen i LF-2001-565 er illustrerende for problemstillingen. Saken gjaldt en kontrakt mellom hovedentreprenør Fosenhus AS og underentreprenør Oddmund Groven AS om grunn- og utenomhusarbeider som bygget på NS3430. Det oppstod uenighet i sluttoppgjøret om en faktura for ”ekstra arbeider” da entreprenøren ikke hadde varslet om tilleggs kostnader. Lagmannsretten fant at avtalepartene i realiteten hadde sett bort fra standardens formregler og avgjorde saken etter en konkret vurdering. Lagmannsretten uttalte:

”Det som særpreger det foreliggende entrepriseforhold er... at partene i meget liten grad følger NS3430s formkrav... Begge parter opptrer tilsynelatende som om standarden ikke eksisterer når man kommer til den praktiske del av kontraktsarbeidene. Etter lagmannsrettens mening har de i realiteten sett bort fra standardens regler og dermed ekskludert seg fra å bruke de strenge regler som er inntatt i.. om sluttoppgjør”

Kontraktsforholdet var preget av en uformell holdning til regelverket, slik at domstolen kom til at kravet ikke var prekludert.

5.8.3 Hensyn bak reglene

Under typesituasjonen i pkt. 5.3 ble det beskrevet hvordan domstolene legger vekt på i hvilken grad hensynene har blitt sikret på annen måte enn gjennom fullstendig etterlevelse

av kontraktens varslingsregler når de skal vurdere betydningen av manglende varslingsregler. Det samme vil kunne være et moment i vurderingen av om varslingsreglene er fraveket gjennom konkludent adferd.

Det ble tillagt vekt i LE-1996-267 hvor lagmannsretten kom til at varslingsreglene i NS3430 var fraveket for enkelte forhold gjennom konkludent adferd. I denne saken var det inngått kontrakt mellom hovedentreprenør, Selmer AS og en underentreprenør, Schørn AS. Underentreprisen gjaldt grunnarbeider i forbindelse med bygging av deltakerlandsby til OL på Lillehammer.

Varslingsreglene var ikke fulgt, og i vurderingen av om kravet var prekludert, la domstolen vekt på at hensynene bak varslingsreglene var ivaretatt likevel. Forholdet mellom partene var oversiktlig, det ble holdt jevnlig byggemøter, og de ekstraarbeider som skulle gjøres ble notert av begge parter. Selmer AS hadde på denne måten kontroll over kostnadene og fremdriften, slik at hensynet til forutberegnlighet i stor grad var ivaretatt selv om de formelle varslingsprosedyrene ikke ble fulgt.

Dommen viser at i de tilfellene hvor hensynet til forutberegnlighet er ivaretatt på annen måte, kan terskelen for å tilsidesette de formelle varslingsreglene være lavere.

5.8.4 Tidsmomentet

For at partene gjennom sin adferd kan sies å ha avtalt seg bort fra kontraktens varslingsrutiner må den uformelle holdningen til standardens prosedyrer ha vært varig gjennom hele kontraktsforløpet. Det kan ikke være nok at det kun er enkelte krav det ikke er varslet om. I LF-2008-49504 fant lagmannsretten det kun sannsynliggjort at partene på ett punkt hadde fraveket standardens prosedyrer. Partene var nemlig blitt enige om at byggherres innsigelser i relasjon til entreprenørens endringsmeldinger skulle utstå i tid for at det ikke skulle gå ut over fremdriften i prosjektet. Dette kunne ikke være tilstrekkelig til at partene hadde avtalt seg bort fra kontraktens varslingsregler.

Det kan også vises til en ekspertavgjørelse (lagdommer Gunvald Gussgard) fra fabrikkasjonskontraktenes område, inntatt i Petrius 1997 s. 89 [1995]. Flere av kravene om endringsordre ble fremmet 11-15 måneder etter at selskapet hadde krevd det aktuelle arbeid utført og ble derfor ansett å være for sent fremsatt. Preklusjonsreglene var ikke fraveket selv om selskapet fire ganger ved tidligere anledninger hadde akseptert endringsordrekrav fremsatt 6md – 1 år etter arbeidspålegget, blant annet fordi selskapet i den samme tidsperiode ni ganger hadde påberopt preklusjon fordi endringsordrekravene var fremsatt for sent. Ekspertavgjørelsen viser at det kreves en konsekvent holdning. Selv om fabrikkasjonskontraktene ofte tolkes strengere enn landentreprisekontraktene,¹⁵⁰ viser avgjørelsen at det i hvert fall bør ha blitt akseptert flere for sent fremsatte krav, enn krav hvor selskapet eller byggherre har påberopt preklusjon, for at domstolen skal akseptere at partene gjennom sin adferd har konstituert en endring av kontrakten.

5.8.5 Partenes profesjonalitet og kontraktsomfanget

Det vil kunne ha betydning hvor profesjonelle og erfarne partene er. I kontraktsforhold med større og profesjonelle parter og høye kontraktssummer vil terskelen for å tilsidesette varslingsreglene ved konkludent adferd være høyere. Dette gjelder kontrakter der byggherre ikke er førstegangsbyggherre og entreprenøren er et større, profesjonelt firma som er kjent i bransjen og kanskje har vært der i mange år.¹⁵¹

I LB-2011-94307 var spørsmålet om to profesjonelle parter; Aurstad AS (underentreprenør) og Veidekke AS (hovedentreprenør), hadde fraveket varslingsreglene i NS3433 ved konkludent adferd. Flertallet kom etter en konkret bevisvurdering til at det ikke var klare nok holdepunkter for å anse standardens regler fraveket. De uttalte at

”det må klare holdepunkter til for å anse standardens regler for fraveket når uenigheten mellom partene gjelder betydelige beløp og behovet for tidlig å kunne vurdere

¹⁵⁰ Barbo (1997) s. 234

¹⁵¹ Ibid. s. 235

forholdene og sikre dokumentasjon for krav eller innsigelser dermed er særlig sterkt”

Behovet for formalisert kontraktsadministrasjon vil i kontrakter med større, profesjonelle parter være stort, slik at en her må utvise større forsiktighet med å la partenes adferd endre kontraktsvilkårene.¹⁵² Varslingsreglene er blant de mest sentrale bestemmelsene i omfattende entreprisetavler og profesjonelle parter forutsettes derfor å kjenne varslingssystemet godt. De må også antas å kunne ivareta egne interesser i større grad enn hva tilfelle er for mindre rutinerne aktører.¹⁵³

Det finnes imidlertid eksempler på fravikelse av varslingsreglene også i meget profesjonelle forhold. Det kan i denne sammenheng trekkes frem enda et eksempel fra fabrikkkontraktenes område. I en voldgiftsdom fra inntatt i Petrus 1997 s. 101 [1997] (formann professor dr. juris Erling Selvig) stod tvisten mellom leverandør Hitec-Dreco AS og bestiller A/S Norske Shell, og angikk bygging av moduler til Troll A-plattformen. Domstolen kom til at partene gjennom sin praksis hadde fraveket kontraktens formelle krav om endringsordre og selskapets håndtering av disse. Leverandørens krav om fristforlengelse ble derfor vurdert på et friere grunnlag. Voldgiftsretten uttalte at man måtte

”...ta hensyn til den praksis som etter hvert har utviklet seg mellom partene når det gjaldt håndtering av spørsmål som i og for seg var omfattet av kontraktens endringsordresystem”

Motsatt vil det i kontrakter inngått mellom parter av mindre størrelse, ikke være det samme behovet for kontraktsadministrative rutiner. Mange entreprisetavler inngås med mindre aktører, spesielt i underentrepriser. Her er kontraktsforholdet ofte mer oversiktlig, og hensynet til kontroll og forutberegnelighet er derfor lettere ivaretatt.

¹⁵² Barbo (1997) s. 235

¹⁵³ Ibid. s. 234

5.8.6 Fristoversittelsens årsak

Det kan reises spørsmål om terskelen for tilsidesettelse av varslingsreglene er lavere, når varsling har vært praktisk vanskelig eller ikke mulig.

I LE-1996-267 som er omtalt over i pkt. 4.5.4 var et av tvistepunktene i saken om entreprenøren Schørn hadde rett til tilleggsbetaling for det tilleggsarbeidet som ikke var varslet i henhold til standarden. Lagmannsretten fant etter bevisførselen at partene ikke hadde funnet det påkrevet eller mulig i alle situasjoner å følge den fremgangsmåte som er angitt i NS3430 og uttalte:

”For dette spesielle prosjektet der fremdrift var av så sentral betydning, og der det ganske tidlig viste seg å oppstå forsinkelser fra Moelven/Lillehammer kommunes side, ville en streng gjennomført håndhevelse av NS3430 være praktisk umulig. Lagmannsretten finner at det vanskelig kan konstateres rettighetstap for noen av partene dersom man ikke fullt ut har forholdt seg som foreskrevet i denne standarden. Partene synes ved sin konkludente adferd selv å ha hatt en felles forståelse av at det ikke lot seg gjøre i alle forhold å følge de prosedyrer som standarden forutsetter.”

Rettsens uttalelse må sees i sammenheng med at sakens tvistetema knyttet seg til dekning av merutgifter for snømåking på byggeplass, hvor retten anså at det forelå en handlingsplikt til å besørge slik snømåking, ikke på kontraktsmessig grunnlag, men ut fra prinsipper om en generell tapsbegrensningsplikt. Fremdriften og behovet for frostfrie masser var av vesentlig betydning for å sikre fremdrift, slik at dette uansett var arbeid som raskt måtte gjennomføres. Hensynet til entreprenørens forutberegnelighet, kostnadskontroll og eventuelle valgmuligheter var således ikke fremtredende.

Også i LF-1995-175 ble varslingsreglene ansett frafalt underveis. I saken hadde Aker (entreprenøren) rettet krav om forseringstillegg på 11 millioner kroner. Det var enighet om at forseringstillegg kunne kreves såfremt byggherre urettmessig hadde avslått et krav om fristforlengelse. Veikontoret (byggherre) hadde avslått fristforlengelse utover en og en halv

måned. På denne bakgrunn oppfattet Aker tilbakemeldingen som et krav om forsering for å komme i mål til sluttdatoen som da kun var utsatt en og en halv måned Retten la her vekt på at det

”med stadig forsinkede arbeidstegninger, de mange endringer av disse og alle de øvrige endringer fikk man en situasjon som vanskelig kunne håndteres etter de formelle regler i kontraktsbestemmelsene.”

Retten uttalte også at

“Mellom partene må det på et tidlig tidspunkt ha oppstått den gjensidige forståelse at uavklarte forhold måtte utstå til senere avklaring. Verken hos byggherre eller entreprenør var det satt av tid til avklaringer underveis.”

Avgjørelsen viser derfor at i enkelte tilfeller vil de faktiske forhold gjøre varslingsreglene uanvendelig, og at det derfor må ha oppstått en felles forståelse mellom partene om at manglende varslingsregler ikke skulle ha preklusiv effekt.

5.8.7 Lojalitet – culpasantaksjonssynspunktet

Også avtalebinding kan inntre som en sanksjon mot kritikkverdig opptreden.¹⁵⁴ Synspunktet er at dersom løftemottager selv er å klandre for at han har kommet i den situasjon at den annen part har fått berettigede forventninger om at det er inngått en avtale, kan han bli avtalerettslig bundet. Dette er i samsvar med forventningsprinsippet. Den andre parten vil i disse tilfellene som oftest ha fått en berettiget forventning om avtalebinding, samtidig som den uaktsomme part ikke med rimelighet kan sies å ha noen berettiget forventning om å være ubundet.¹⁵⁵

Dersom byggherren unnlater å følge sin del av de kontraktadministrative rutinene, vil dette lett gi entreprenøren et inntrykk av at byggherre ikke ønsker at varslingsreglene skal over-

¹⁵⁴ Woxholth (2012) s.93, Kruger (1989) s. 25

¹⁵⁵ Woxholth (2012) s. 93

holdes i kontrakten. Det ville vært urimelig om byggherre plutselig skal kunne gjøre gjeldende at entreprenøren ikke har varslet i henhold til kontrakten etter at entreprenøren i realiteten bare har ”fulgt opp” den uformelle behandlingen som byggherre har lagt opp til.¹⁵⁶ Det legges normalt til grunn at selv om det kan være vanskelig å innfortolke et ”dispositivt utsagn” i byggherres adferd, er det likevel klart at en byggherre kan bli bundet av sin adferd, slik at et avkall foreligger ut fra culpasaksjonssynspunkter.¹⁵⁷ I slike situasjoner vil også avtl. § 36 kunne brukes, med den begrunnelse at det vil være urimelig å gjøre preklusjonsreglene der byggherre bevisst ikke har brukt formriktig ordre. Se mer om dette under eget pkt 5.9.

Culpasaksjonssynspunktet ble blant annet vektlagt i dom fra Frostating Lagmannsrett (LF-2012-183059). Partene hadde inngått entrepriseavtale med NS3431 som standardvilkår. I tillegg ble byggherres varslingsplikt understreket i partenes prosjektadministrative håndbok. Byggherre påla endringsarbeider i form av nye arbeidstegninger og ved muntlige bestillinger, uten at kravet om skriftlig varsel ble fulgt. Entreprenøren sendte ikke varsel om at det på grunn av disse endringene ville påløpe tilleggskostnader. Byggherre hevdet derfor at entreprenøren hadde tapt retten til å kreve betaling når varslingsregelen ikke var fulgt. Etter lagmannsrettens syn innebar imidlertid partenes praktisering av kontrakten at skriftlighetskravet i endringsordresystemet var tilsidesatt.¹⁵⁸

Videre uttalte retten at:

”Hensynet til lojalitet i kontraktsforholdet tilsier også at Heimdal [byggherre] ikke i ettertid kan påberope at preklusjonsreglene skal gjelde når Heimdal helt unnlot å følge reglene om selv å gi varsel på tross av at byggherrens varslingsplikt var skjerpert. En annen løsning ville også fremstå som urimelig”

¹⁵⁶ Barbo (1997) s. 235

¹⁵⁷ I.c.

¹⁵⁸ LF-2012-183059 s. 8-9

Avgjørelsen viser at retten kan være tilbøyelig til å sanksjonere brudd på lojalitetsplikt i kontraktsforholdet gjennom tilsidesettelse av varslingsreglene. Her har vi sett på hvordan lojalitetsprinsippet blir brukt som tolkningsmoment. I pkt. 5.9 skal vi se på hvordan prinsippet også kan være et moment i urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36, og i pkt. 5.10 skal vi se på om prinsippet kan være et selvstendig tilsidesettelsesgrunnlag.

5.8.8 Partenes tidligere praksis med hverandre

Dersom partene har jobbet sammen på prosjekter tidligere, kan tidligere praksis få betydning i vurderingen av om partene har fraveket varslingsreglene. Ikke helt uvanlig er det at en hovedentreprenør benytter seg av de samme underentreprenørene på ulike prosjekter.

Momentet kan neppe være avgjørende, da hvert kontraktsforhold er selvstendig, men det finnes eksempler på at lagmannsrettene i forholdsvis nylig avsagte dommer i noen grad har lagt vekt på dette som et slags tilleggsmoment. Prinsippet kan ses ut fra en vinkling om at situasjonen kan tilsi at partenes forventninger og forpliktelser, og synbarheten av disse, vil kunne påvirkes av partenes praksis seg imellom. Hvis for eksempel partene har inngått en rekke kontrakter tidligere hvor standardens varslingsregler ikke har blitt praktisert ville det kunne fremstå som både urimelig og illojalt at en part plutselig påberoper seg preklusjon på bakgrunn av regler som aldri har blitt fulgt tidligere.

I LF-2012-183059 som ble omtalt under pkt 5.8.7 om lojalitet, viste retten til at Primahus i omtrent samme tidsperiode var engasjert som entreprenør av Heimdal (byggherre) på et tilsvarende prosjekt med tilsvarende kontrakt, dog med langt lavere kontraktssum. I kontrakter med lavere summer gjør riktignok ikke hensynene bak varslingsreglene seg gjeldende i like stor grad, ofte fordi et slik formalisert varslingsregime fremstår som kostbart sett opp mot kontraktssummens størrelse og at kontraktutviklingen ofte vil være mer forutberegnelig og lettere kontrollerbar for byggherre. Også i dette prosjektet hadde partene fulgt en uformell praksis uten å melde fra skriftlig ved tilleggs- og endringsarbeider. Retten uttalte at

”dette bekrefter at partene bevisst hadde satt til side de formelle reglene, og at preklusjonsreglene ikke var aktuelle”

Dommen gir således et eksempel på partenes tidligere praksis vil kunne utgjøre et moment i vurderingen av om partene kan sies å ha tilsidesatt varslingsreglene. Momentet har også en side til en alminnelig lojal opptreden i kontraktsforholdet som vist til i punkt 4.8.5.

I LB-2011-94307 delte lagmannsretten seg i to av hva gjaldt om partene hadde fraveket varslingsreglene i NS3433 gjennom konkludent adferd. Saken gjaldt en kontrakt mellom underentreprenør Aurstad AS og hovedentreprenør Veidekke AS om bygging av dammer ved utbygging av et kraftverk. I slutfaktura bestred Veidekke enkelte av kravene, blant annet fordi Aurstad ikke hadde overholdt plikten til skriftlig varsel uten ugrunnet opphold. Lagmannsretten delte seg i et flertall og et mindretall, der flertallet etter en konkret bevisvurdering kom til at det ikke var klare nok holdepunkter for å anse standardens regler fraveket. Mindretallet kom til motsatt resultat og mente at kontraktens varslingsregler var fraveket. Det ble trukket frem konkrete momenter, herunder at partene siden midten av 1990-tallet hadde hatt et nært og tillitsfullt samarbeid som hovedentreprenør/underentreprenør

”basert på liten grad av formell håndhevelse av kontraktsbestemmelser gitt i dokumenter som NS3433 eller tilsvarende.”

Dommen viser at terskelen for at tidligere praksis mellom partene skal tillegges avgjørende vekt er høy. Det bør i det minste foreligge klare holdepunkter som viser en enhetlig praksis hvor varslingsreglene ikke er praktisert mellom partene. Hvor partene i tidligere kontraktsforhold både har praktisert og ikke praktisert varslingsreglene, vil neppe tidligere praksis kunne tillegges avgjørende vekt for å tilsidesette varslingsreglene.

5.8.9 Vurdering og oppsummering

Det er vanskelig å si noe generelt om hva som skal til for at domstolene anser varslingsreglene tilsidesatt ved partenes konkludente adferd. Felles for avgjørelsene ovenfor og andre avgjørelser som går på konkludent adferd er at de bygger på en konkret vurdering/tolkning av partenes kontraktsforpliktelser og dermed også er konkret begrunnet. Flere av avgjørelsene kjennetegnes ved at retten har lagt vesentlig vekt på lojalitetsplikten i kontraktsforhold, herunder også partenes tidligere praksis ved vurderingen av om varslingsreglene er tilsidesatt. Culpasankjonssynspunktet er også utslag av dette prinsippet.

Ved den konkrete vurderingen vil det også være av vesentlig betydning hva som er årsaken til at varslingsregimet ikke er overholdt. Hvis for eksempel varsling ikke har blitt overholdt ut fra at kontraktssituasjonen ikke gjør det praktisk mulig å overholde, eller hvor det i praksis ikke foreligger andre handlingsalternativer, viser rettspraksis at det kan være aktuelt å tilsidesette varslingsreglene på dette grunnlag. Momentene eller typetilfellene er likevel ikke adskilte og knytter seg opp mot en total vurdering hvor ofte lojalitetsplikten i kontraktsforhold ofte er fremtredende. Rettskildesituasjonen er fortsatt at praksis begrenser seg til lagmannsrettsavgjørelser og at det fortsatt gjenstår eventuelle nærmere avklaringer fra Høyesterett om hva som skal til for å tilsidesette på dette grunnlaget.¹⁵⁹

Konkludent adferd vil fortsatt være relevant tilsidesettelsesgrunnlag etter de nye standardene også. Men det er grunn til å tro de nye bestemmelsene vil begrense antall tvister der entreprenøren kan påberope at partene ved sin adferd har avtalt endrede regler for gjennomføring av kontrakten.

5.9 Avtalerevisjon – lojalitetsprinsippet

I flere av typetilfellene over har lojalitetsprinsippet blitt benyttet som tolkningsmoment i vurderingen av om partene har tilsidesatt preklusjonsreglene (se for eksempel pkt. 5.8, sær-

¹⁵⁹ Tørum (2010) s. 470

lig pkt. 5.8.7). Spørsmålet er om prinsippet også kan komme til anvendelse som selvstendig tilsidesettelsesgrunnlag.

Det nærmere innholdet av lojalitetsprinsippet må fastlegges konkret i det enkelte tilfelle,¹⁶⁰ men generelt kan det sies at prinsippet oppstiller et ”krav til aktsom og lojal oppreden” fra begge parter side, og at denne plikten må gjelde ”så lenge forpliktelsen består”.¹⁶¹ Prinsippet vil innebære en plikt for partene til å bidra til at begge parter får realisert sin felles målsetting og forutsetninger under kontrakten som blant annet vil innebære en plikt til å holde medkontrahenten underrettet om forhold av betydning for kontraktsforholdet. Dette vil særlig være aktuelt dersom forholdene endrer seg, eller der det avdekkes omstendigheter man tidligere ikke var klar over.¹⁶²

Standardkontraktene er fremforhandlet av bransjeorganisasjonene på byggherre- og entreprenørsiden og er et resultat av en nøye avveining mellom interesser på begge sider. Entreprisestandardene fremstår derfor som både gjennomregulerte og balanserte slik at det kan stilles spørsmålsteget ved om det er rom for en for ulovfestet lojalitetsplikt i tillegg til entreprisestandardenes kontraktsbestemmelser.¹⁶³

NS8405 har imidlertid fått en uttrykkelig bestemmelse om plikt til samarbeid og lojalitet i pkt. 5 hvor ordlyden er at ”partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten.” Spørsmålet er om prinsippet gjelder generelt for alle entreprisestandardkontraktene.

Spørsmålet ble berørt i Rt. 2011 s. 65. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om et tilleggskrav, som første gang ble varslet i prosesskrift for lagmannsretten måtte anses bortfalt på grunn av for sen varsling eller passivitet. Det ble anført at det rettslige grunnlaget for pre-

¹⁶⁰ Haaskjold (2013) s. 78

¹⁶¹ Rt. 1988 s. 1078

¹⁶² Haaskjold (2013) s. 78-86

¹⁶³ Ibid. s. 315

klusjon var ulovfestede regler om lojalitet ved siden av NS8401. Høyesterett tok ikke direkte stilling til lojalitetsanførselen. Flertallets førstvoterende uttalte (avsnitt 42)

”jeg er ikke uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt”. Slik saken ligger an, finner jeg imidlertid ikke grunn til å drøfte verken når en slik forpliktelse kan tenkes å foreligge, eller hvilke sanksjoner brudd på plikten kan medføre.”

Selv om flertallet ikke tok direkte stilling til hvorvidt det gjelder en ulovfestet lojalitetsplikt på et kontraktsforhold som dette, kan uttalelsen tolkes dit hen at det av konklusjonen til flertallet forutsetningsvis fremgår at lojalitetsbetraktninger kan gjøre seg gjeldende i kontraktsforhold som reguleres av Norsk Standard.¹⁶⁴ Etter dommen må det legges til grunn at det eksisterer et ulovfestet lojalitetsprinsipp i entreprisestandardkontrakter generelt, ikke bare for de standardene som har fått en uttrykkelig regulering om dette.

Behovet for lojalitetsbetraktninger vil neppe rette seg mot standardens løsninger som sådan. Behovet vil isteden kunne være aktuelt i de tilfeller hvor standardens regulering får utilsiktede virkninger. Det kan også være behov for lojalitetsbetraktninger der partene har gjort endringer i standardens løsninger, slik at det kan være behov for å supplere standarden med lojalitetsbetraktninger.¹⁶⁵

Når det er fastslått at det gjelder et prinsipp om lojalitet på entrepiserettens område og i hvilke situasjoner det er behov for et slikt prinsipp, blir spørsmålet om prinsippet kan være et selvstendig tilsidesettelsesgrunnlag av varslingsreglene.

Det første argumentet for at lojalitetsprinsippet er et selvstendig tilsidesettelsesgrunnlag er at varslingsreglene i seg selv må anses å være utslag av det alminnelige lojalitetsprinsipp i kontraktsforhold.¹⁶⁶ Etter lojalitetsprinsippet har partene plikt til å si fra til hverandre når

¹⁶⁴ Farbrot (2010)

¹⁶⁵ Haaskjold (2013) s. 315

¹⁶⁶ Hagstrøm (2011) s. 353

forholdene i kontrakten endrer seg, slik at motparten har mulighet til å ivareta sine interesser. Dette er også hensynet bak de uttrykkelige varslingsreglene. Endring av kontraktsforholdene vil påvirke partenes forventninger, og en lojal oppreden tilsier at partene formidler sine posisjoner slik at motparten kan innrette seg etter dette. I forlengelse av dette prinsippet er formålet også å unngå å utnytte en villfarelse hos kontraktsparten.

Lojalitetsprinsippet gjelder i kontraktsretten generelt og entrepriseretten spesielt, og etter som formålet med plikten er å hindre at partene foretar illojale handlinger mot hverandre, taler også gode grunner for at lojalitetsprinsippet bør kunne brukes som et selvstendig tilsidesettelsesgrunnlag der en av partene illojalt kan sies å ha misbrukt varslingsreglene til skade for den andre part.

Prinsippet vil nok først og fremst være aktuelt i de situasjoner der en av partene illojalt har utnyttet og misbrukt varslingsystemet til egen fordel. Dette vil kunne være tilfelle dersom byggherren vel vitende om varslingsreglene gir alle endringsmeldinger muntlig til entreprenøren, og håper at entreprenøren glemmer å be om endringsordre ved arbeidspålegg.¹⁶⁷ Det vil imidlertid knytte seg bevismessige utfordringer til denne situasjonen. Det vil være svært vanskelig å vurdere hvorvidt denne handlingen er et bevisst valg fra byggherres side eller om situasjonen skyldes en forglemmelse.¹⁶⁸

Konklusjonen etter dette er at lojalitetsprinsippet kan være et eget tilsidesettelsesgrunnlag, selv om det nok sjeldent vil være behov for dette ved siden av de andre grunnlagene.

5.10 Avtalerevisjon – avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 er et alternativt tilsidesettelsesgrunnlag som åpner for at en avtale helt eller delvis kan settes til side (revideres). Bestemmelsen er i stor utstrekning en kodifisering og alternativ til det ulovfestede lojalitetsprinsipp, læren om bristende forutsetning og

¹⁶⁷ Barbo (1997) s. 245

¹⁶⁸ I.c.

force majeure, men med et noe bredere nedslagsfelt. I praksis vil det også være glidende overganger mellom avtaletolkning og avtaleloven § 36.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at avtaler skal holdes,¹⁶⁹ slik at partene skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Avtaleloven § 36 er derfor en meget snever unntaksbestemmelse som først og fremst er myntet på ubalanserte kontrakter. Regelen skal primært virke som en sikkerhetsventil mot at ressurssterke parter utnytter avtalefriheten til ulempe for ressursunderlegne parter.¹⁷⁰

Før det kan avgjøres om kontrakten kan lempes, må avtaleinnholdet bringes på det rene ved hjelp av alminnelige tolkningsregler. Spørsmålet blir deretter hvorvidt det for den ene part vil "virke urimelig eller stride mot god forretningsskikk", jf. avtaleloven § 36, at kontrakten eller kontraktsvilkårene, gjøres gjeldende i det aktuelle kontraktsforhold.¹⁷¹ Revisjon etter avtaleloven § 36 skiller seg således fra revisjon gjennom avtaletolkning hvor alminnelige rimelighetshensyn, herunder prinsippet om lojalitetsplikt vil virke inn på hvilke tolkningsresultat retten kommer til i den konkrete sak.

Rimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 knytter seg videre til oppfyllelesstadiet.¹⁷² Både lovteksten, forarbeider og rettspraksis har oppstilt momenter som skal vektlegges i denne rimelighetsvurderingen. Bestemmelsen selv lister opp følgende forhold som kan tas i betraktning: "avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalenes inngåelse" og "senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig". Bestemmelsens ordlyd viser at opplistingen ikke er uttømmende.¹⁷³

I profesjonelle avtaleforhold er terskelen for å anvende avtaleloven § 36 høy. I Rt. 2010 s.1345, som omtalt i pkt. 2.1, uttaler Høyesterett på side:

¹⁶⁹ Prinsippet utledes av bestemmelsene i N.L. 5-1-1 og N.L. 5-1-2

¹⁷⁰ Giertsen (2012) s. 207

¹⁷¹ Knoph (2011) s. 261

¹⁷² Hagstrøm (2012) s. 291

¹⁷³ Giertsen (2012) s. 212

”vi her står overfor en kontrakt mellom profesjonelle avtaleparter, og kontraktsprioden er begrenset til 5 år. På denne bakgrunn finner jeg det klart at det ikke er grunnlag for revisjon etter avtl. 36.”

Dommen berører ikke kjernen av varslingsreglene, men ettersom entreprisekontrakter normalt inngås mellom profesjonelle parter, må det generelt legges til grunn at terskelen for å anvende avtaleloven § 36 også er høy i entreprisekontrakter. I forlengelse av dette kan det også anføres at det bør utvises varsomhet med å anvende avtaleloven § 36 som grunnlag for å tilsidesette preklusive varslingsregler.¹⁷⁴

Argumentene for å utvise varsomhet med å anvende avtaleloven § 36 er flere. For det første bruker varslingsbestemmelsene de relative og skjønnsmessige tidsangivelsene ”uten ugrunnet opphold” og ”innen rimelig tid”, og det er derfor vanskelig å tenke seg situasjoner der preklusjon vil føre til et urimelig resultat, uten at tidsbruken også er ”grunnet”, og dermed utelukker preklusjon.¹⁷⁵ Videre er standardene noe hele bygg- og anleggsbransjen forholder seg til, slik at partene forutsettes å kjenne godt til kontraktbestemmelsene. I større kontrakter har partene gjerne også et administrativt apparat rundt seg som har kompetanse til å håndtere de juridiske forholdene ved kontrakten.¹⁷⁶ Varslingsreglenes preklusive virkning er derfor neppe noe som kommer overraskende på partene, og det er da vanskelig å tenke seg situasjoner hvor virkningen av preklusjonsreglene virker så urimelig at reglene kan tilsidesettes med hjemmel i avtaleloven § 36.

Et ytterligere argument er at urimelighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i kontraktsforholdet som helhet, og ofte vil ikke den økonomiske virkningen av preklusjon forrykke balansen i kontraktsforholdet tilstrekkelig til at hele avtaleforholdet kan revideres på grunn av urimelighet.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Se blant annet Kaasen (2006) s. 328 og Barbo (1997) s. 246

¹⁷⁵ Kaasen s. 434 -435

¹⁷⁶ Barbo (1997) s. 244

¹⁷⁷ Ibid. s. 243

Ett eksempel hvor avtaleloven § 36 kan tenkes benyttet vil være en situasjon der byggherren bevisst pålegger entreprenøren å gjøre endringer uten formriktig endringsordre, i håp om at entreprenøren glemmer å kreve endringsordre tilbake, slik at byggherre på denne måten får utført et endrings- eller tilleggsarbeid ”gratis”. Dette vil anses som et brudd på den alminnelige lojalitetsplikten i et kontraktsforhold men avtaleloven § 36 også vil kunne anføres som tilsidesettelsesgrunnlag av preklusjonsregelen i det aktuelle kontraktsforhold.¹⁷⁸

Det kan også virke urimelig å prekludere entreprenørens krav der han får behov for fristforlengelse på grunn av forhold byggherren har risikoen for. Der byggherren er klar over de fristforlengende forhold og at risikoen påhviler ham, må han forvente at det vil komme et krav på fristforlengelse fra entreprenøren.¹⁷⁹ Dermed er hensynet til forutberegnelighet ivaretatt, og det er mindre betenkelig å fravike standardens regler. Det var dette hensynet lagmannsretten la vekt på i LH-2005-140477, se pkt. 5.4, men da uten å forankre urimeligheten i avtaleloven § 36.

Generelt må det nok antas at retten likevel vil være mer tilbøyelig med å benytte de alternative grunnlagene, enn å benytte avtaleloven som tilsidesettelsesgrunnlag, særlig i profesjonelle avtaleforhold. Situasjonen over vil nok først og fremst løses som et spørsmål om partene gjennom konkludent adferd har gitt avkall på kontraktens varslingsregler, men avtaleloven § 36 kan potensielt tenkes benyttet som alternativt rettslig grunnlag for å komme til tilsvarende, se pkt. 5.8, spesielt pkt. 5.8.7 om avkall ut fra culpasanksjonssynspunkter.¹⁸⁰

Et eksempel fra rettspraksis hvor domstolen forankrer rimelighetsvurderingen direkte i avtaleloven § 36 er LB-2002-570. Her kom retten til at for sent fremsatte krav ikke kunne prekluderes ved å legge vekt på lojalitets- og rimelighetsbetraktninger. Spørsmålet for lagmannsretten var om underentreprenørens krav om godtgjørelse for endrings- og tilleggsar-

¹⁷⁸ Barbo (1997) s. 245

¹⁷⁹ Ibid. s. 244-245

¹⁸⁰ Ibid. s. 244

beid var varslet i tide. Hovedentreprenøren var kjent med en del av de forhold som vanskeliggjorde arbeidet, og varslet selv krav i forbindelse med enkelte av disse forhold til byggherren. Lagmannsretten kom til at varslingsreglene i NS3430 gjaldt i avtaleforholdet og la i rimelighetsvurderingen vekt på at det etter hvert fremkom at partene ikke var likeverdige, selv om vekten av dette ble begrenset noe når underentreprenørselskapet hadde fremstilt seg som profesjonell. Videre ble det vektlagt at hensynet til forutberegnelighet for byggherre var ivaretatt.

”Det måtte fremstått som åpenbart for AF (hovedentreprenør) at det ville bli fremmet krav fra SC (underentreprenør) om dekning av merutgifter”.

Her var altså ikke partene likeverdige og forutberegnelighet var ivaretatt, slik at man anså det som urimelig å gjøre preklusjonsvirkningene gjeldende. Vurderingen er svært lik den vi så under typesituasjonen i pkt. 5.4, men forskjellen er her at domstolene forankrer urimelighetsvurderingen i avtaleloven § 36 istedenfor bare å bruke generelle rimelighets- og hensynsbetraktninger som moment i den konkrete kontrakttolkningen. Hva domstolene velger virker derimot litt mer tilfeldig, og vil nok også avhenge av partenes anførsler i den konkrete sak.

Oppsummert bør avtaleloven § 36 brukes med varsomhet, og kun benyttes der preklusjonsvirkningen vil være særlig urimelig. Domstolene vil nok også være tilbøyelige til å benytte andre grunnlag for tilsidesettelse enn avtaleloven § 36, og terskelen for å benytte dette grunnlaget må nok generelt anses høyere enn ved bruk av de øvrige grunnlag som er gjennomgått.

6 AVSLUTNING OG REFLEKSJONER

Det kan avslutningsvis reises spørsmål om varslingsreglene faktisk er så gode og hensiktsmessige som man først skulle tro.

De avgjørelsene vi har gjennomgått i oppgaven er saker der partene har gjort mer eller mindre bevisste forsøk på å fravike entreprisstandardenes bestemmelser. Oppgavens gjennomgang av rettspraksis viser at de godt gjennomarbeidede og fremforhandlede entreprisstandardene ikke i alle tilfeller gir rimelige løsninger. Reglene vil nok kunne gi et tilfredsstillende resultat for begge parter dersom det kompliserte systemet ble fulgt til punkt og prikke gjennom hele kontraktsforløpet. Når dette viser seg vanskelig i praksis og det observeres et høyt tvistenivå, tilsier dette likevel at reglene ikke fullt ut utfyller sin ønskede funksjon.

Terskelen for å tolke seg bort fra standardenes ordlyd eller revidere inngåtte standardkontrakter er i utgangspunktet meget høy, men vi ser likevel at domstolene i stor grad tilstreber å komme frem til et rimelig resultat og dermed tilsidesetter reglene. Der hensynene bak varslingsreglene allerede er ivare tatt, eller arbeidene er nødvendige forutsetninger for ferdigstillelse av arbeidet, og kravet fremstår klart og velbegrunnet tillegger ikke domstolene manglende varslingsregler like stor vekt. Dette gjør at standardens regler uthules og neppe bidrar til forutberegnelighet for partene.

Avgjørelsene er svært konkrete og skjønnsmessige, slik at det er vanskelig å si noe generelt om hvor grensen for tilsidesettelse går. Så lenge Høyesterett ikke har uttalt hva som skal til for at reglene kan tilsidesettes, bidrar rettspraksis neppe til en tilstrekkelig avklaring.

Bransjen vil kanskje få inntrykk av at de ikke trenger å følge reglene, fordi domstolene vil se bort fra manglende varsel så lenge det gir det rimeligste resultat. Da vil formålene om at eventuelle tvister skal løses direkte i kontraktens system og forutberegnelighetshensynet virke mot sin hensikt.

Vi ser at den nye regelen i NS8505 og NS8407, samt passivitetsregelen i NS8406 langt på vei vil begrense muligheten for å tape kravet ved passivitet og realitetsdrøftelser. De nye

reglene vil derfor i stor grad kunne virke konfliktdempende og bidra til større forutberegnelighet.

I de kontraktsforholdene der kontraktens system ikke anvendes, har vi sett at systemet raskt kan bli en felle når en av partene plutselig bestemmer seg for å påberope kontrakten likevel. Dette fører til store sluttoppgjørstvister. Den nye ”reaksjons-regelen”¹⁸¹ vil muligens begrense dette i noen grad, men det er fortsatt fullt mulig at partene fraviker hele kontraktens system gjennom konkludente adferd. Det foreligger så langt ingen praksis som kan si noe om konkludent adferd som tilsidesettelsesgrunnlag etter innføringen av de nye standardene. Det at vi på nåværende tidspunkt ikke har fått noen tvister forelagt domstolene, kan selvfølgelig være et argument for at reglene også her virker klargjørende og konfliktdempende. Svaret kan imidlertid også være at bransjen har brukt tid på å begynne å anvende de nye standardene, og at kontraktsperioden ofte er lang, det tar derfor tid før eventuelle tvister kommer opp for domstolene.

Mye tyder på at man med de nye reglene har satt en stopper for at noen av grunnlagene uthuler standardens regler, men neppe alle. Fremtiden vil vise om standardenes varslingsbestemmelser får sin tilsiktede virkning.

¹⁸¹ Se blant annet NS8405 pkt. 8 tredje ledd og NS8407 pkt. 5 tredje ledd

7 KILDEHENVISNINGER

7.1 Lover

1687 Kong Christian Den Femtes Norske Lov av 15. april 1687

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fulmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai nr. 27

1989 Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juli 1989 nr 63

1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juli 1997 nr 43

7.2 Juridiske standarder

Norsk Standard 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1. utg. 1991

Norsk Standard 3431: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, 2. utg. 1994

Norsk Standard 3433: Alminnelige kontraktsbestemmelser for underentrepriser vedrørende utførelse av bygg- og anleggsarbeider, 1. utg. 1996

Norsk Standard 3406: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser, 1. utg. 1997

Norsk Standard 3408: Alminnelige kontraktsbestemmelser med formular om utførelse av enkle bygg og anlegg, 2.utg. 1994

Norsk Standard 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt, 2. utg. 2008

Norsk Standard 8406: Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt, 2. utg. 2009

Norsk Standard 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, 1. utg. 2011

Norsk Standard 8415: Norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider, 1. utg. 2008

Norsk Standard 8416: Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeid, 1. utg. 2009

Norsk Standard 8417: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser, 1. utg. 2011

7.3 Høyesterettsdommer

Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1984 s. 962

Rt. 1988 s.1078

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2009 s. 160

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2011 s. 65

7.4 Underrettsavgjørelser

LE-1993-2338

LF-2001-565

LF-1995-175

LE-1996-267

LH-1998-589

LG-2000-461

LF-2001-565

LB-2001-3116

LB-2002-570

LB-2002-3890

LH-2005-140477

LB-2008-49508/49504

LB-2009-52844

LB-2011-94307

LF-2012-183059

7.5 Voldgiftsdommer

Petrius 1997 s. 89 [1995]

Petrius 1997 s. 101 [1996]

7.6 Litteratur

Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, 1. utg. Oslo, 1997

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Oslo, 2001

Giverholt, Heikki, Hans-Jørgen Arvesen, Karl Marthinussen, *NS8407 Alminnelige kontraksbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer*, 1. utg. Oslo, 2012

Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelse*, 2. utg. Oslo, 2013

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg. Oslo, 2011

Hagstrøm, Viggo, *Entrepriserett – Utvalgte emner*, Oslo, 1997

Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I*, 3. utg. Bergen, 2002

Kaasen, Knut, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF05 og NTK05*, Oslo, 2006

Kaasen Knut, *Kommentar til NF92*, Oslo 1994

Kaasen, Knut, *Kommentar til NS3430*, Oslo, 1992

Knoph, Ragnar, *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utg. Oslo, 2009

Kolrud, Helge Jakob, *NS8405 Kommentarutgave*, Oslo, 2004

Kolrud, Helge Jakob, *Kommentar til NS3430*, Oslo, 1992

Kruger, Kai, *Norsk Kjøpsrett*, 4. reviderte utg. Bergen, 1999

Kruger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Bergen, 1989

Lilleholt, *Avtale om ny bustad*, Oslo, 2001

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, *NS8405 med kommentarer*, 3. utg. Oslo 2010

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen, *NS8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer*, 1. utg. Oslo, 2007

Sandvik, Tore, *Entreprenørrisikoen*, Oslo, 1966

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 8. utg. Oslo, 2011

7.7 Artikler

Marthinussen, Karl og Heikki Giverholt, *Varsel og krav i entreprisestandardene – tap av rettigheter*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. (2010b) s. [304]-327.

Knag, Alf Johan, *Hvordan skrive kontrakt? –en sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet*. I: På rett grunn, Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. (2010) s. [85] -110.

Kaasen, Knut, *Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter*, I: Tidsskrift for Forretningsjus, (2009) Nr. 1, s. [47]-70. (sitert fra Gyldendal Rettsdata)

Kaasen, Knut, ”*Dynamisk kontraktsrett*” –et fruktbart grep?, Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg.(2005) s. [237]-263

Monsen, Erik, *Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser*. I: Jussens Venner. (2010) Nr 03, s. [147]-203 (Sitert fra Idunn.no)

Tørum, Amund Bjøranger, ”*Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entrepriser*. I: På rett grunn, festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. (2010), s. 453-489

Kolrud, Helge Jakob, *Reklamasjon og realitetsdrøftelser I: Ånd og rett*, festskrift til Birger Stuevold Lassen (1997) s. 585-595

7.8 Elektroniske artikler

Helge A. Tryti, Codex Advokat, *Plikten til å kontre på for sen varsel etter NS8405* (2013) 01.02.2013. <http://www.codex.no/eiendom/entrepriserett/plikten-til-kontre-p-for-sen-varsel-etter-ns-8405/>

Sven Farbot, Byggejuss.no, *Ny dom fra Høyetsrett – preklusjon basert på ulovfestet lojalitetsprinsipp* (2013) 23.08.2013 <http://byggejuss.no/ny-dom-fra-h%c3%b8yesterett-preklusjon-basert-pa-ulovfestet-lojalitetsprinsipp/>

